

الجزء الخامس

من تبين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم

العامل العلامة البحر الحبيب الفهامة فريد

دهره ووجهه عصره فخر الدين

عثمان بن علي الزيلعي الحنفي

نفعا الله ببركته وأسكنه

فسيح جناته

أمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العلامة الفهامة شهاب

الدين أحمد الشلبي على هذا الشرح الجليل

الجميع بالرحمة والرضوان وأسكنه

فسيح الجنان

(الطبعة الاولى)

بالطبعة الكبرى الاميرية يولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٥

هجريه

(بالقسم الادبي)

﴿ كتاب الاقرار ﴾

قال الاتقاني رحمه الله انما ذكر هذه الكتب أعني كتاب الاقرار وكتاب الصلح وكتاب المضاربة وكتاب الوديعة عقيب كتاب الدعوى للناسبة لان المتدعي عليه إما أن يشترأ أو ينكر فإن أقر فبإيه الاقرار وإن أنكر فالإنكار منازعة وخصومة والخصومة تستدعي الصلح فبعد ما ثبت له المال إما بالاقرار أو بالصلح لا يخلو إما أن يستريح (٣) بنفسه أو بغيره والاستريح بنفسه بالبيع وقد تقدم بإيه والاستريح بغيره هو

المضاربة فإن لم يرد الاستريح فلا يخلو إما أن يحفظ المال بنفسه أو بغيره وحفظه بنفسه لا يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة اه (قوله) لانه اقرار على الغير قال التولي الجي رحمه الله في كتاب الاقرار عبد في يدي رجل أقر رجل آخر أنه لفلان ثم قال هو حر ثم اشتراه فهو للقر له لانه أقر بحرية عبد الغير ولو بدأ وقال هو حر ثم قال هو لفلان ثم اشتراه فهو حر لانه أقر بغيره فلا يصح اقراره اه قال الامام نجم الدين الزاهد في رحمه الله في القضية في كتاب أدب القاضي في باب من يشترط حضرته اسماع البينة مانعه وقد يكون خصما في الميمن ولا يكون خصما في البينة كمن اشترى عبدا وقبضه ثم أقر به بغير البائع فلان ودفعه الى المقر له ثم أقام بينة أنه كان للمقر له يرجع بالثمن على البائع لم تقبل بينته ولكن له أن يحلف البائع بالله ما كان للمقر له فإن نكل رد الثمن اه (قوله) وهو نظير ما إذا أقر الحر

وهو في اللغة الاتبات يقال قر الشيء إذا ثبت وأقره غيره إذا أثبته وفي الشرع عبارة عن الاخبار بما عليه من الحقوق وهو ضد الجحود وشروط صحته أن يكون المقر بالغاً قاطعاً وكونه حرّاً ليس بشروط حتى يصح اقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمه فيه كالحدد والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به في الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزال المانع وهو نظير ما إذا أقر الحر لفلان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ في الحال وإذا ملكه أي مؤمراً بتسليمها الى المقر له لزال المانع وهذا لان الاقرار اخبار وليس بإنشاء والاخبار في ملك الغير صحيح فينفذ في حق نفسه بخلاف الإنشاء ولهذا لو أقر بالطلاق والعتاق مكرها لا يصح ولو كان إنشاء لصح قال رحمه الله (هو اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه) هذا في الشريعة وقد بيناه وقيل له بأن يكون على نفسه لانه لو كان على غيره لغيره يكون شهادة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الاقرار ﴾

ولنفسه

لانسان الخ) هذا الفرع ذكره الشارح في باب الوصية بثلاث المال اه وقد تقدم قبل في الشارح بورقة أنه لو أقر بحرية عبد الغير فكذب المولى ثم ملكه المقر بماعتق عليه فراجع اه (قوله) يؤمراً بتسليمها الى المقر له ولو أقر به لفلان الذي في يد فلان وقف على مسجد كذا ثم ملكه المقر فانه يؤمراً بتسليمها الى المقر له كذا أفتيت في سؤال رفع الى والله الموفق اه ﴿ فرع ﴾ ذكره العماد رحمه الله في الفصل الثالث والعشرين من معزى الى أول اقرار فقارى صاحب المحيط رحمه الله ان من أقر لفلان بشئ ثم صدقه المقر له

ثم رد اقراره لا يصح الرد اه وسيا في هذا الفرع في كلام الشارح في الصفحة الآتية زيادة فائدة والله الموفق اه (قوله في المتن اذا اقر حر مكلف بحق) لم يرد انه اقر بافظ الحق بل يدينه او درههم غير انه عيبر عنه بافظ الحق كقول الرجل جاني فلان فان هذا غير منكر في حق القائل فعبر عن المعرف الذي عنده بالسكر اه مستصفي (قوله ولا يصدق على اولاده الخ) قال في الخلاصة في آخر الفصل الثاني من الاقرار رجل وامرأة مجهولان لهما ابن صغير لا يتكلم اقترى بالرق على أنفسهم ما وعلى ابنهما جاز فان كان الابن يتكلم فقال أنا حر فالقول قوله ولو كان له أمهات الاولاد والمدبرون فاقراره بالرق لا يعمل في حقهم (٣) اه (قوله في رد برده) رجل قال لا آخر

أنا عبد لك فقال الا آخر لا ثم قال بلى أنت عبد لي فانه عبده ولا يكون نفيه شيأ بخلاف مسألة الجامع الصغير لان الرق لا يبطل بمجرد المولى أما الاقرار بالدين والعين يبطل بالتكذيب اه خلاصة في آخر الفصل الثاني من الاقرار (قوله لان العبد مبيع على أصل الحرية) أي فيما هو من خواص الأدمية وذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجنابة والجنابة بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الأدمية اه اتقاني (فرع) ذكر في الجامع رجل قال ما في يدي من قليل أو كثيرا وعبد أو متاع لفلان صح اقراره لانه عام وليس بمجهول فان جاء المقر له لياخذ عبدا من يده المقر واختلفا فقال المقر له كان في يده وقت الاقرار فهو لي وقال المقر لابل ملكك هذا بعد الاقرار بالقول قول المقر الآن يقيم المقر له بينة أنه كان في يده المقر وقت الاقرار لان السكر يترك دخول هذا

وان نفسه يكون دعوى قال رحمه الله (اذا اقر حر مكلف بحق صح ولو مجهولا كشيء وحق) لان الاقرار بجهة شرعية ثبتت بحجته بالكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى ولعلل الذي عليه الحق أحره بالامال فلم يقبل اقراره لما كان لا ملاله معنى وقد ناه الله تعالى أيضا عن كتمان الحق بقوله تعالى وليتق الله ربه ولا يخس منه شيأ فصار نظيرا أمره بأداء الشهادة ونهيه عن كتمانها وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة أي شاهد قاله ابن عباس رضي الله عنهما وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والمراد به الاقرار وأما السنة فخاروى أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا والغامدية باقرارهما فاذا وجب الحد باقراره على نفسه فالامال أولى أن يجب وأما الاجماع فلان الامة أجمعت على أن الاقرار بجهة في حق نفسه حتى أوجبوا عليه الحدود والقصاص باقراره وان لم يكن بجهة في حق غيره لعدم ولايته عليه فالامال أولى وأما المعقول فلان العاقل لا يقر على نفسه كاذبا عاقيه ضرر على نفسه أو ماله فترجحت جهة الصدق في حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية بخلاف اقراره في حق غيره حتى لو اقر مجهول بالنسب بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولا يصدق على اولاده وأمتهاتهم ومدبريه ومكاتبه بخلاف ما اذا ثبت ذلك بالبينة لان البينة انما تصير بجهة بالقضاء والقاضي ولاية عامة فينفذ في حق الكل أما الاقرار بجهة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء فينفذ عليه وحده لما ذكرنا الا اذا رد المقر له فيرد برده ولو صدقه ثم ردته لا يصح رده ولكن اذا كان يعلم انه كاذب في اقراره لا يعمل له أخذه عن كرمه منه فيما بينه وبين الله تعالى الا اذا سلم له بطيب من نفسه حل فيكون حبة مبيدة منه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا المأذون له يتأخر اقراره بما ليس من باب التجارة كاقراءه بالمهر بوطء امرأته تزوجها بغير اذن مولاه وكذا اذا اقر بجنابة موجبة للسل لا يلزمه لان الاذن لم يتناول الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا اقر بالحدود والقصاص لان العبد مبيع على أصل الحرية في حقهم ما ألا ترى أن اقرار المولى لا يصح عليه فيه وشرط التكليف لان اقرار الصبي والمعتوه والمجنون لا يصح لانعدام أهلية الالتزام الا اذا كان الصبي أو المعتوه مأذونا له فيصح اقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة لانه لم يصح اقراره لا يعامله أحد فلا يجذب اذنه في الاذن كل ما كان طريقه التجارة كالدون والودائع والعواري والمضاربات والغصب فيصح اقراره فيها الاتحاقه في حقها بالمبالغ العاقل لان الاذن يدل على عقله بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجنابة والكفالة حيث لا يصح اقراره بها لان التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال والجنابة ليست بمبادلة والكفالة تبرع ابتداء فلا تدخل تحت الاذن والنام والمغنى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور لانه لا ينافي الخطاب الا اذا اقر بما قبل الرجوع كالحدود والخاصة حقا لله تعالى لان السكران لا يكاد يثبت على شيء فأقيم السكر مقامه فيما يحتمل الرجوع فلا يلزمه شيء وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرها لا يلزمه شيء وكذا

العبد في الاقرار والقول قوله وذكر في الاقرار ما يوافق رواية الجامع رجل قال ما في يدي لفلان ثم بعد أيام ادعى شيأ ما في الجانب له ووضع في الجانب بعد الاقرار صدق وذكر في بعض روايات الاقرار أنه لا يصدق قال رحمه الله وهذا الرواية تخالف رواية الجامع قالوا أو بل الرواية الثانية اذا ادعى بعد الاقرار في مدة لا يمكنه ادخاله في الجانب في تلك المدة يثبت وفي مسألة الجامع اذا ادعى المقر حدوث المالك في زمان لا يتصور حدوثه فيه لا يقبل قوله اني ملكته بعد الاقرار اه قاضيان في كتاب الدعوى في باب ما يبطل دعوى المدعى (فرع آخر) قال قاضيان في كتاب الاقرار رجل قال جميع ما في يدي لفلان قال شمس الائمة السرخسي يرجع في البيان اليه ولا يعلم قبل البيان اه

(قوله ولو جهول الخ) قال في الإنباي بيع قوله بحق يريد به أن يقول لقائله إن على حق فإذا قال ذلك لزمه أن يبين ماله قيمة وإن قال غنيت به حق الإسلام لم يصدق وعلى هذا إذا قال لقائله على شيء فإنه يجبر على بيان ماله قيمة سواء كان قليلا مثل الجوزة والخنطة من الخنطة والشهير وغيرهما (١) كالأراهم والدنانير والابزار وغيرها اهـ (قوله بأن قال على ألف درهم لواحد الخ) قال الاتقاني بخلاف جهالة المقر له فإنها تمنع صحة الاقرار نحو أن يقول لزيد على ألف درهم فلا يصح الاقرار لأن زيدا في الدنيا كثيرا إذا عني كذا في شرح الطحاوي اهـ إذا كانت الجهالة متفاحشة فإن لم تتفاحش فلا (٢) تمنع صحة الاقرار ولهذا قال في باب الاقرار بعلامة الواو من الواقعات الحسامة جارية

في يدي رجل فقال ان هذه لاحدهذين الرجلين جاز ويختلف لكل واحد منهما اذا ادعياها ولو قال هذا العبد لواحد من الناس لا يجوز لان هذا اقرار للجهول جهالة متفاحشة اهـ (قوله فلا يفيد فائدته) أي لان فائدته الجبر على البيان ولا يجبر عليه هنا اهـ (قوله وان لم تتفاحش جاز) أي نحو أن يقول هذا العبد لاحدهذين الرجلين فانهما اذا اتفقا على أخذه كان لهما حق الاخذ كذا في مبسوط أبي اليسر اهـ مستصفي وكتب على قوله وان لم تتفاحش مانصه والاصح أنه يصح لانه يفيد اذ فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول باب لانهما اذا اتفقا على أخذه فلهما حق الاخذ قاله السكاكي رحمه الله تعالى اهـ (قوله وهو الاصح) هذا التصحيح موافق لما نقلته عن السكاكي اهـ (قوله في المتن وبين ماله قيمة) أي قل أو أكثر نحو حبة أو فلس أو جوزة أو ما أشبه ذلك ولا يعلم

شرب المتخذ من الخبث أو العسل عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وقوله ولو جهول كشيء وحق أي ولو كان المقر به مجهولا بأن قال على شيء أو حق يلزمه لان الحق قد يلزمه مجهولا بأن يتلف مالا أو يخرج جراحة أو يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمته ولا ارشها ولا قدرها وهو محتاج اليه لبراءة ذمته بالائتاء أو التراضي فلا يمنع صحة الاقرار بخلاف الشهادة لانها لا تجوز الا بالعلم قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهدوا لا قدع ولان الشهادة لا توجب الا بقضاء القاضي ولا يمكنه القضاء بالجهول فيبطل اذ لا حاجة للشهود بدون العلم لانهم باغرة واجب عليهم وبخلاف الجهالة في المقر له سواء تفاحشت الجهالة بأن قال على ألف درهم لواحد من الناس أو لم تتفاحش بأن قال على ألف لاحدهذين لان الجاهول لا يصلح مستحقة اذ لا يمكن جبره على البيان من غير تهمين المدعي فلا يفيد فائدته هكذا ذكر شمس الأئمة وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه والناطقي في واقعاته انها اذا تفاحشت لا يجوز وان لم تتفاحش جاز لان صاحب الحق لا يعد ومن ذكره وفي مثله يؤمر بالتدكير لان المقر قد ينسى صاحب الحق ولا يجبر على البيان لانه قد يؤدي الى ابطال الحق عن المستحق والقاضي نصب لا يصلح الحق الى مستحقة لا لابطاله فصار نظير ما اذا اعتق أحد عبده ثم نسيه بخلاف جهالة المقر به لان الاجبار على البيان لا يؤدي الى ابطال حقه وبخلاف اعتاق أحد العبدين لان العتق لم ينزل في المحل فلا يؤدي الاجبار الى ابطال حقه ولان المقر له ما اذا اتفقا على الاخذ من المقر واصطليا بينهما أمكن دعواهما فيصح اقراره وقال في الكافي وهو الاصح ولو كان المقر عليه مجهولا بأن قال لك على أحدنا ألف درهم لا يصح لان المقضي عليه مجهول ذكره في النهاية قال رحمه الله (ويجبر على بيانه) لانه لزمه الخروج عما وجب عليه بالاقرار وهذا لان كثيرا من الأسباب يتحقق مع الجهالة كالغصب والوديعة لان الانسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده من غير تحرر في قدره وحنسه ووصفه فيحمل عليه ما لم يفهم السبب فيصح حتى لو فسره بالبيع أو الاجارة لا يصح اقراره لان هذه العقود لا تصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان والاصل فيه أنه متى أقر بجهول وأطلق ولم يبين السبب يصح ويحمل على أنه وجب عليه بسبب يصح مع الجهالة ككالك الغصب ونحوه وان بين السبب ينظر فان كان سببا لا تضره الجهالة فكذلك وان كان سببا تضره الجهالة كالبيع والاجارة لا يصح ولا يجبر ألا ترى أن القاضي لو رأى انسانا يبيع شيئا غيره عن أو يشتري شيئا من غير تقدير عن لا يجبره على الاداء فكذا اذا أقر به ولو عاينه يغصب شيئا لا يعرف قدره أو يودعه بأمره بالتسليم الى صاحبه فكذا اذا أقر به قال رحمه الله (وبين ماله قيمة) لانه أخبر عن الواجب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيه فاذا بينه فيه يكون رجوعا فلا يقبل وذلك مثل حبة خنطة أو قطرة ماء أو ما أشبه ذلك لان مثله لا يجب في الذمة عادة ولا يجري فيه التمانع ولو بين في الصبي الحر أو الزوجة لا يصح وقيل يصح والاول أصح وعلى هذا الخلاف لو بينه بجلد الميتة وكذا الواقف بغصب شيء لا يسمع منه الا اذا بين بماله قيمة لان لفظ الغصب يدل على أنه يجري فيه

فيه خلاف قاله السكاكي وقال الاتقاني عند قوله ويقال له بين المجهول يعني اذ لزمه ما أقر به مجهولا يقال له بين المجهول التمانع وذلك لان الاجال وقع من جهته فعليه البيان ولا يمكن بين شيئا يثبت في الذمة قل أو أكثر نحو أن يبين له حبة أو فلسا أو جوزة أو ما أشبه ذلك أما اذا بين شيئا لا يثبت في الذمة لا يقبل منه نحو أن يقول غنيت حق الاسلام أو كفا من ثراب أو نحوه كذا في شرح الطحاوي اهـ (قوله فلا يقبل) قال السكاكي ويقبل تفسيره بالكذب وبه قال الشافعي في وجهه وأجدي رواية ومالك اهـ (قوله لا يصح) يعني لو بين في الغصب بأن المغصوب زوجته أو ولده قيل يصح لان لفظ الغصب يطلق على الزوجة وعلى الولد والاكثر أنه لا يقبل تفسيره اهـ كفاية

(١) قوله كالأراهم هكذا في الاصل ولعله سقط قبله أو كثير اليقابل قوله قليلا ويجوز اهـ

(قوله ولو قال في قوله على حق الخ) وذكر في المحيط والمستزاد أنه قال ذلك موصولا لا يصدق وإن قال موصولا لا يصدق لأنه بيان تغير باعتبار العرف لأنه لا يراد به في العرف حق الاسلام اهـ كفاية (قوله لأنه لا يراد به ذلك عرفا) أي انما يراد به حقوق مالية اهـ (قوله في المتن ومال عظيم نصاب) قال في الشامل في قسم المبسوط في كتاب الاقرار لو قال درهم عظيم يلزمه درهم واحد لأنه معلوم القدر فيكون العظم صفة لعرضه وذكر في شرح الاقطيع ناقلا عن المنتقى في المال القليل أنه درهم ونقل في الاجناس عن نوادر هشام عن محمد أنه لو قال افلان على مال لا قليل ولا كثير يلزمه ما تبادرهم لأنه لما قال لا قليل لزمه الكثير والمال الكثير في الشرع ما تبادرهم وقال شمس الأئمة البيهقي في كفايته عن أبي يوسف قال لفلان على دراهم مضاعفة يلزمه ستة لأن أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة قال له على دراهم أضعافا مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافا عليه ثمانية عشر لأن الأضعاف (٥) جميع الضعف فتضاعف ثلاثة ثلاث

مرات فكان تسعة وقوله

مضاعفة يقتضي ضعف

ذلك فيكون ثمانية عشر قال

وفي الصورة الثانية الدراهم

المضاعفة ستة وأضعافها

ثلاث مرات فيكون

ثمانية عشر قال على عشرة

وأضعافها مضاعفة عليه

ثمانون درهما لأن أضعاف

العشرة ثلاثون فاذا ضمت

إلى العشرة كان أربعين

فأوجبه مضاعفة فتكون

ثمانين إلى هنا لفظ الكفاية

وقال في شرح الاقطيع وهذا

كله إذا قال مال عظيم من

الدراهم فان لم يقل من

الدراهم صدق في أي جنس

ذكر فان كان مما يحب فيه

الزكاة لم يصدق في أقل من

نصاب منه وان كان مما لا نصاب

له صدق (١) يبلغ قيمة

النصاب وقال في الفتاوى

الصغرى لو قال مال نفيس

أو كريم أو خطير أو جليل

قال الناطقي لم أجده منصوبا وكان الجرجاني يقول ما ثمان اهـ اتقاني سيأتي هذا الفرع والذي قبله في كلام الشارح (قوله والاصح

أنه على قوله يني الخ) قال في التحفة وقيل يعتبر على قول أبي حنيفة حال المقران كان غنيا يقع على ما يستعظم عند الأغنياء وان كان فقيرا

يقع على النصاب اهـ غاية (قوله وقال لا يصدق في أقل من مائتين) وقال الشافعي يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل من ذلك اهـ

اتقاني (قوله فيصرف اليه) قال الشيخ أبو نصر البغدادى والفرق لأبي حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن الدراهم

تفيد العدد لأن الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع إلى العدد وقوله عظيم لا يتضمن عددا فوجب أن يجعل على

الاستعظام لأن حيث العدد والعظيم في الشرع ما يصير به غنيا فوجب الزكاة بنفسه فاعتبر ذلك اهـ غاية (قوله أو وصائف الوصيف

الغلام دون المراهق والوصيفة الجارية كذلك والجمع وصفاء ووصائف مثل كريم وكرماء وكريمة وكرائم اهـ مصباح

التمانع وهو المنع قوم ولو قال في قوله على حق أردت به حق الاسلام لا يصدق لأنه لا يراد به ذلك عرفا وعليه التعويل قال رحمه الله (والقول للمقرع عينه ان ادعى المقر له أكثر منه) لأنه المنكر قال رحمه الله (وفي مال لم يصدق في أقل من درهم) يعني إذا قال افلان على مال لم يصدق في أقل من درهم لأن مادونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو المعبر قال رحمه الله (ومال عظيم نصاب) لأنه أقرب مال موصوف بالعظم فيعتبر هذا الوصف والنصاب عظيم في الشرع حتى اعتبر صاحبه غنيا وأوجب عليه مواساة الفقراء وكذا عرفا حتى يعد من الأغنياء عادة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم لأنه نصاب السرقة والمهر وهو عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وعنه مثل جواب الكتاب وهو قوله ما ثم يعتبر أن يبلغ نصابا يؤخذ من جنسه الزكاة من المال الذي بينه فيه حتى إذا بينه في الأبل لا يصدق في أقل من خمس وعشرين لأن مادون ذلك قليل حيث لا يجب فيه الزكاة من جنسه والاصح أنه على قوله يني على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغنى ليس بعظيم وهو في الشرع متعارض فان المائتين في الزكاة عظيم وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع إلى حاله ذكره في النهاية وحواشي الهداية معزى إلى المبسوط قال رحمه الله (وأموال عظام ثلاثة نصاب) يعني من أي مال فسر به لأن أقل الجمع ثلاثة فلا يصدق في أقل منه لاتبين به وان بينه بغير مال الزكاة يعتبر أن تبلغ قيمته قدر ثلاثة نصاب ويعتبر الأدنى في ذلك لليقن به وينبغي على قياس ما روى عن أبي حنيفة أن يعتبر فيه حال المقر كذا كرنا قال رحمه الله (ودراهم كثيرة عشرة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يصدق في أقل من مائتين لأن صاحب النصاب مكرر ولهذا وجب عليه مواساة غنيره وله أن العشرة أقصى ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الأكر من حيث اللفظ فيصرف إليه وعلى هذا الخلاف إذا قال على دنانير كثيرة عندهما ينصرف إلى النصاب وعنده إلى العشرة وعلى هذا إذا قال على ثياب كثيرة أو وصائف كثيرة ففقد عشرة وعندهما يلزمه ما يساوى مائتي درهم وان قال غصبت ابلا كثيرة أو بقرا كثيرة أو غنما كثيرة أو خنطة كثيرة ينصرف إلى أقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الأبل والثلاثون من البقر والأربعون من الغنم وخمسة أوسق من الخنطة وعنده يرجع إلى بيان المقر ولو قال على مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطقي لم أجده منصوبا عليه وكان الجرجاني رحمه الله يقول يلزمه مائتان

قال الناطقي لم أجده منصوبا وكان الجرجاني يقول ما ثمان اهـ اتقاني سيأتي هذا الفرع والذي قبله في كلام الشارح (قوله والاصح أنه على قوله يني الخ) قال في التحفة وقيل يعتبر على قول أبي حنيفة حال المقران كان غنيا يقع على ما يستعظم عند الأغنياء وان كان فقيرا يقع على النصاب اهـ غاية (قوله وقال لا يصدق في أقل من مائتين) وقال الشافعي يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل من ذلك اهـ اتقاني (قوله فيصرف اليه) قال الشيخ أبو نصر البغدادى والفرق لأبي حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن الدراهم تفيد العدد لأن الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع إلى العدد وقوله عظيم لا يتضمن عددا فوجب أن يجعل على الاستعظام لأن حيث العدد والعظيم في الشرع ما يصير به غنيا فوجب الزكاة بنفسه فاعتبر ذلك اهـ غاية (قوله أو وصائف الوصيف الغلام دون المراهق والوصيفة الجارية كذلك والجمع وصفاء ووصائف مثل كريم وكرماء وكريمة وكرائم اهـ مصباح

(١) قول الخشبي صدق يبلغ هكذا في الأصل وبين السكاهين من ساقط فهو بذلك من ستم النسخ فخر اهـ معجمه

(قوله في المتن كذا درهم درهم) قال في الهداية ولو قال كذا درهم فهو درهم قال الاتفاقاني ذكره تفر يعا على مسئلة القدوري ولم يذكره في الاصل وقال الامام شرف الدين ابو حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العيني البخاري في كتاب المنهاج وان قال له على كذا درهمما يلزمه ما بينه أقول كان ينبغي أن يلزمه في هذا أحد عشر لانه أول العدد الذي يقع عليه منصوص به كذا أنه نقل عن أهل اللغة وإذا كان كذلك ينبغي أن لا يصدق في بيانه بدرهم والقياس فيه ما قاله في مختصر الاسرار اذا قال له على كذا درهمما يلزمه عشرة لانه ذكر جلة وفسرها بدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين إلى تسعين فيجب الاقل وهو عشرة لانه متيقن اه (قوله وذكر في التمهة) محال الى الجامع الصغير اه قارئ الهداية (قوله قيل يلزمه عشرة) وبه قال ابن عبد الحكم المالكي اه (قوله روى عن محمد أنه يلزمه مائة) أي وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلاثمائة لانه ذكر عدد من مبهمين ولم يذكر بينهم ما والاعطف وذكر الدرهم عقيب ما بالخفض وأقل ذلك من العدد المصريح ثلاثمائة لان ثلاثمائة مائة عدد ليس بينهم ما حرف العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيب ما اه اتفاقاً (قوله والمعتبر هو الوزن الخ) قال صاحب الهداية وينصرف (١) الى الوزن المتبادر أي بين الناس وذلك لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف وهو

قال رحمه الله (ودراهم ثمانية) يعني اذا قال على درهم يلزمه ثلاثة دراهم لانه أقل الجمع الصحيح فصار متيقنا به والزائد على ذلك مشكوك فيه وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا قال له على درهم مضاعفة فعليه ستة دراهم لان أدنى الجمع ثلاثة وضعها ستة ولو قال درهم أضاعفا مضاعفة يلزمه ثمانية عشر درهما لان اضاعفا لفظ جمع وأقله ثلاثة فتصير تسعة ثم بالمضاعفة تصير ثمانية عشر وكذا اذا عكس بأن قال على درهم مضاعفة أضاعفا لانهم بالمضاعفة تصير الثلاثة ستة ثم بالاضاعاف وهو جمع تصير ثمانية عشر قال رحمه الله (ولو قال كذا درهم درهم) لانه تفسير للهموز ذكر في التمهة والذخيرة وغيرهما يلزمه درهمان لان كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان اذا لواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر وفي شرح المختار قيل يلزمه عشرة وهو القياس لان كذا يذكّر للعدد عرفاً وأقل عدد غير واحد يذكّر بعده الدرهم بالنصب عشرة وولود كره بالخفض روى عن محمد أنه يلزمه مائة لانهم أقل عدد يذكّر بعده الدرهم بالخفض ولو قال على درهم عظيم يلزمه درهم واحد لان الدرهم معلوم القدر في نفسه فلا يزداد قدره بقوله عظيم لانه وصف له ولو قال على درهم فاعليه درهم تام لان التصغير قد يذكّر على طريق الاستقلال فلا ينقص عن الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد في كل زمان ومكان وكذا في الدنانير لان التعامل يجري على المعتاد عادة فلا يمرض عنه الابهجة قال رحمه الله (كذا كذا أحد عشر كذا وكذا أحد وعشرون ولو ثلث بالواو يزداد مائة ولو رباع يزداد ألف) لان هذه الكلمات مهمة فيجب حملها على نظيرها من المفسر فأقل عدد يذكّر ان من غير حرف عطف بينهما أحد عشر وحرف عطف بينهما مائة أحد وعشرون وثلاثة أعداد بحرف في العطف مائة وأحد وعشرون وأربعة أعداد بثلاثة حروف ألف ومائة وأحد وعشرون ولو ثلث بالواو ويجب أحد عشر لانه لا نظير له فلا يزداد على الاول ولو خمس بالواو ينبغي أن يزداد عشرة آلاف ولو سدس يزداد مائة ألف ولو سبع يزداد ألف ألف وعلى هذا كلما زاد عدد معطوفاً بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى ولو قال كذا كذا درهم ما ودينار فاعليه أحد عشر منهم ما

غالب نقداً بالبد ولا يصدق في أقل من ذلك لانه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه قال في تحفة الفقهاء لو قال على ألف درهم فهو على ما متعارفه أهل البلد من الأوزان أو العدد وان لم يكن شيئاً متعارفاً فيحمل على وزن سبعة فانه الوزن المعتبر في الشرع وكذلك في الدينار يعتبر وزن المناقيل الا في موضع متعارف فيه بخلافه ولو قال افلان على درهم أو دينير فعليه الاعمام لان التصغير قد يذكّر اصغراً الحجم وقد يكون لاستحقاق الدرهم وقد يكون لطفية الوزن فلا ينقص الوزن بالشك الى هنا لفظ التمهة وقال المالكي

الشهيد في الكافي اذا قال الرجل افلان على مائة درهم عدداً ثم قال بعد ذلك هي وزن خمسة أو وزن ستة وكان بالسوية الاقرار منه بالكوفة فعليه مائة درهم وزن سبعة ولا يصدق على النقصان اذا لم يبين وزنهما موصلاً بكلامه وكذلك الدنانير وان كانوا في بلاد يتبايعون على دراهم معدودة والوزن بينهم ينقص عن سبعة صدق اذا ادعى أن الذي أقر به هو على وزنهم ولا يصدق ان ادعى وزناً دون ذلك وان كان نقداً بالبد محتملاً فهو على الأقل من ذلك الى هنا لفظ الكافي اه اتفاقاً (قوله في المتن كذا كذا أحد عشر) والزيادة تقف على بيانه اه اتفاقاً (قوله في المتن كذا كذا أحد وعشرون) والزيادة موقوفة على بيانه اه اتفاقاً (قوله من غير حرف عطف بينهما أحد عشر) أي وأكثر تسعة عشر فانه يقال أحد عشر درهما الى تسعة عشر الا أن الأقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه اه اتفاقاً (قوله وبحرف عطف بينهما أحد وعشرون) قال الاتفاقاني وان قال كذا وكذا فاذكر عدد من مبهمين معطوفاً أحدهما على الآخر وواو العطف وذكر عقيبهما درهماً بالنصب فيجعل عبارة عن عدد من مبهمين معطوفاً أحدهما على الآخر وواو ذلك أحد وعشرون وأكثر تسعة وتسعون الا أن الأقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه ولا يجوز أن يجعل كذا عبارة عن الدرهم الواحد لان الدرهم عقيب الواحد لا يذكّر بالنصب وانما يذكّر بالرفع فيقال واحد درهم أو درهم واحد اه

(قوله فيلزمه النصف من كل واحد منهما) قال الاتقاني ولو قال على كذا كذا دينار ودرهما كان عليه أحد عشر منه ما جبهه إلا أنه أقر بعددين من جنسين فوجبا منهما ما جبهه وكيف يتقسم القياس أن يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير إلا أنا نقول لو فعلنا ذلك أدى إلى الكسر وليس في لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير فصرفناه إليهما احتياطاً كذا ذكره علاء الدين الأسدي في شرح الكافي اهـ وهو يخالف قول الشارح فعليه أحد عشر منه ما بالسوية والله الموفق اهـ وفي فتاوى فاضل خان ولو قال كذا كذا دينار ودرهما لزمه من كل واحد نصف أحد عشر اهـ (قوله في المتن على وقبله اقرار الخ) قال الاتقاني أما قوله على فأنما كان اقراراً بالدين بسبيل الاقتضاء وإن لم يذكر الدين صريحاً لأن كلمة على (٧) تستعمل في الإيجاب قال الله تعالى

ولله على الناس حج البيت
ومحلى الإيجاب الذمة
والثابت في الذمة الدين
لأعين فصار مقرراً بالدين
مقتضى قوله على والثابت
اقتضاء كالثابت نصاً ولو
نص فقال لفلان على ألف
درهم دين كان مقرراً بالدين
لأعين فكذلك هذا اهـ
(قوله قبالة) قال في المصباح
وتقبلت أهل من صاحبه
إذا التزمته بعقد أو قبالة
بالفتح اسم المكتوب من
ذلك لما يلزمه الإنسان من
عمل ودين وغير ذلك قال
الرحمى كل من قبل
بشيء مقاطعة وكتب عليه
بذلك كتاباً بالكتاب الذي
يكتب هو القبالة بالفتح
والعمل قبالة بالكسر لأنه
صناعة اهـ (قوله وإرادة
الحال) إلى هنا آخر الحزم
الذي في نسخة الشارح التي
تقدم ذكرها في باب دعوى
النسب عند قول الشارح
بمخلاف ما إذا كان الولد الخ

بالسوية لأنه ذكر عددهما وأشرك فيهما جنسين فيلزمه النصف من كل واحد منهما بخلاف ما إذا قال
كذا كذا درهم وما وكذا كذا دينار حيث يلزمه من كل واحد منهما أحد عشر لأنه أضاف كل واحد من
العددين إلى كل واحد من المالين وعلى هذا في المفسر فإنه إذا قال على أحد عشر درهما ودينار لزمه
من كل واحد منهما النصف ولو قال على أحد عشر درهما أو أحد عشر ديناراً لزمه من كل واحد منهما
أحد عشر والأصل فيسه أنه متى ذكر مقداراً وأضافه إلى صنفين من المال يجب نصف كل واحد منهما
كما إذا أقر رجلين يتقسم عليهما نصفين مثله إذا قال على مائة مثقال ذهب وفضة أو كزحطة وشعير يجب
عليه نصف كل واحد منهما ولو قال لفلان على عشرة دراهم ونيف فالبيان في النيف إليه فان فسره بأقل
من درهم جاز لأن النيف عبارة عن الزيادة يقال جبل منيف إذا كان زائداً على الجبال ولو قال على بضعة
وعشرون درهما لزمه ثلاثة وعشرون لأن البضعة أو ثار العشرة ثلاثة وخمسة وسبعة وتسعة فيلزمه
الأقل للتيقن به قال رحمه الله (على وقبله اقرار بالدين) لأن كلمة على للوجوب واشتقاقها من العلو
وأنما يعالوه إذا كان ديناً في ذمته بحيث لا يجذبها من قضائه ليخرج عنه وكلمة قبل تنبئ عن الضمان
يقال قبل فلان عن فلان أي ضمن وسعى التكفيل قبلاً لأنه ضامن وسعى الصك الذي هو حجة الدين قبالة
لأنه يحفظه كالضامن ولو قال المقر فيه ما أردت به وديعة ووصل صدق لأنهم ما يثبتان عن الوجوب
والحفظ واجب على المودع والمال محله فجاز ذلك كإقرار المحل وإرادة الحال مجازاً ولا يجوز منفصلاً لأنه تقرره حكمه
فلا ينصرف إليه عند الإطلاق ويجوز تفسيره به متصل لأنه محتمل مجازاً ولا يجوز منفصلاً لأنه تقرره حكمه
بالسكوت فلا يجوز تغييره بعد ذلك كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط وفي بعض نسخ مختصر القندوري
في قوله قبل أنه اقرار بالأمانة لأن اللفظ يتناولهما يقال ليس لي قبل فلان دين وليس لي قبل فلان وديعة
وكذا إذا قال ليس لي قبل فلان حق يكون إبراء عن الدين والأمانة جميعاً وهذا لأن حقيقة اعتبارها عن
الجهة فيتمناولهما والأمانة أدناها فيحمل عليه والاول هو المالك كورفي البسوط وهو الأصح لأن استعماله
في الديون أغلب قال رحمه الله (عندى) هي في بيتي في صندوق في كيسي أمانة) لأن هذه المواضع
محل للعين لا الدين إذا الدين محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والأمانة أدناها فيحمل
عليها للتيقن به وهذا لأن كلمة عند القرب ومع للقران وما عداهما المكان معين فيكون من خصائص
العين ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الأماكن كذا كانت من خصائص العين تعينت الأمانة
لما ذكرنا لأن هذه الكلمات في العرف والعادة تستعمل في الأمانات ومطابق الكلام يحتمل على العرف
قال رحمه الله (ولو قال لي عليك ألف فقال أترته أو أنتدته أو أجلي بدأ وقضيتك أو أمانتك به فهو اقرار

وقد نهيما عليه في هذا المجرد في محله (قوله لأن استعماله في الدين أغلب) قال الاتقاني ولأن قوله قبل وان كان يستعمل في الإيجابات
والأمانات وله هذا يقال لفلان قبل وديعة وقبل أمانة أغلب استعماله في الإيجابات والمطلق من الكلام ينصرف إلى ما هو الغالب في
الاستعمال كالدرهم المطلقة تنصرف إلى نقد البلد اهـ (فرع) قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسدي في شرح الكافي للعالم الشهيدي في
باب الإقرار بالفاظ مختلفة وإن قال له في مالي مائة درهم أو قال في دراهمي هذه مائة درهم فهذا اقرار بالشركة لأنه إذا اختلط ماله بماله كان
شريكاً فيه (قوله في المتن أترته أو أنتدته) وقال الشافعي وأجد في قوله أترن وانتد لا يكون اقراراً بالله أو غيره وبه قال بعض أصحاب مالك
لأنهم يوجد منه حقيقة التزام وقد يوجد مثل ذلك ممن يستهزئ ويبالغ في الجور فلا يكون اقراراً بالشك وعن بعض أصحاب الشافعي إذا كان
محرفاً بالكناية يكون اقراراً كقولنا أو قال سمعنا أو قال أترن أو أنتدته أو أمانتك به فهذا ما أبعدنا من ذلك اهـ كما

(قوله أو أعطى سرجها الخ) ولوقال لا في جميع ذلك يكون اقرارا أيضا وفي بعض نسخ كتاب الاقرار لا يكون اقرارا بل كذا لا أعطيك اليوم أو أبدا فهو اقرار لانه ذكره بالكناية (٨) فكانه قال لا أعطيك سرج بفلان اليوم أو أبدا ولو صرح به هذا كان اقرارا فكذا في

وبلا كناية لا لان الهاء كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك فصار كأنه أعاد المذكى فيكون اقرارا بها بخلاف ما إذا لم يكن فيه ضمير الا فانه لا دليل على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبدأ فلا يلزمه شيء وهو المراد بقوله وبلا كناية لا والاصل فيه أن الجواب ينتظم عادة الخطاب ليفيد الكلام فكل ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا يصلح له ما فانه يجعل ابتداء لوقوع الشك في كونه جوابا بالثلاث لا يلزمه المسال بالشك فان ذكر هاء الكناية يصلح جوابا بالابتداء وإذا لم يذكر الهاء لا يصلح جوابا أو يصلح ابتداء وجوابا فلا يكون اقرارا بالشك هذا اذا كان الجواب مستقلا وان كان غير مستقل كقوله نعم يكون اقرارا مطلقا لانه غير مستقل وقد أخرجه جوابا وهو صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه ولو ادعى أنه أبرأ منها أو تصدق عليه بها أو وهبه إياها كان اقرارا لان هذه الاشياء تتلوا وجوب فيكون اقرارا بها وكذا دعوى الاسماء بها يكون اقرارا وكذا الوفاق والله لا أقضيكمها أولا أزنهالك اليوم لانه نفي القضاء والوزن في وقت معين وذلك لا يكون الا بعد وجوب أصل المال عليه وأما إذا لم يكن أصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا أبدا ولوقال رجل لا سخر أعطى ثوب عبدى هذه اقرارا نعم كان اقرارا منه بالعبد والثوب له وكذا الوفاق أفتح باب دارى هذه أو حصص دارى هذه أو أسرج دابتي هذه أو أعطى سرجها أو ولسامها فقال نعم كان ذلك كله اقرارا منه لما بينا ان كلمة نعم لا تستقل فلا بد من جعله على الجواب كيلا يصير لغوا ولو قيل له هل لئلا ن عليك كذا فأومأ برأسه بنعم لا يكون اقرارا لان الإشارة من الآخر قائمة مقام النطق لا من غيره ~~ذكره~~ في الكافي قال رحمه الله (وان أقر بدين مؤجل وادعى المقر له أنه حال لزمه حالا) لانه أقر بحق على نفسه وادعى حقا على المقر له فإقراره حجة في حقه ولا تقبل دعواه بغير حجة كما إذا أقر بعبدى يدرجل وأنه استأجره منه فانه يقبل إقراره به له ولا تسمع دعواه إلا بحجة بخلاف ما إذا أقر بالدرهم السود فصدقه المقر له في الاصل وكذبه في الصفة حيث يلزمه السود ولا يقبل قول المقر له فيه لان السود نوع من الدراهم فالقول قول المقر في النوع والاجل عارض لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط فالقول قول المذكى في العوارض وبخلاف اقرار المكفيل بالدين المؤجل حيث يكون القول قوله في الاجل دون المقر له لان الاجل في الكفالة نوع حيث يثبت فيها من غير شرط بأن كفل دينام مؤجلا وقد ذكرنا المسئلة في الكفالة وخلاف أي يوسف والشافعي فيها قال رحمه الله (وخلف المقر له على الاجل) لانه المنكر للاجل قال رحمه الله (على مائة ودرهم فهى دراهم ومائة وثوب يتسرا المائة) يعني يرجع اليه في تفسير المائة (وكذا مائة وثوبان بخلاف مائة وثلاثة أثواب) حيث تكون الاثواب تفسير المائة أيضا والقياس أن يرجع في تفسير المائة اليه في قوله مائة ودرهم كما في قوله مائة وثوب أو مائة وثوبان وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عطف مفسرا على مبهم في الفصلين والمعطوف غير المعطوف عليه ولم يوضع للبيان فثبتت المائة على إجماعها كما في عطف الثوب عليها وجه الاستحسان أن عطف الموزون والمكيل على عدد مبهم يكون بياناً لهم عادة لان الناس استعملوا تكرار التفسير عند كثرة الاستعمال وذلك فيما يجري فيه التعامل وهو ما ثبت في الذمة وهو المكيل والموزون ~~واكتفوا~~ كره مرة لكثرة أسبابه ودورانه في الكلام بخلاف الثياب وغيره مما ليس من المقدرات لانها لا يكثر التعامل به لعدم ثبوتها في الذمة في جميع المعاملات فلم يستعملوا ذكرها القليلة دوران في الكلام ولا كتفاء بالثاني لكثرة ولم توجد بقي على القياس بخلاف قوله مائة وثلاثة أثواب حيث تكون الاثواب تفسير المائة أيضا ويستوى في المقدرات وغيرها لانه ذكر عدد من مبهمين وأعقبها تفسيراً فنصرف اليها فيكون بياناً لها وهذا بالاجماع لان عادتهم جرت بذلك ألا ترى أنهم

الكناية اه من مخط فارى الهداية (قوله لزمه حالا) أما لو صدقه المقر له في التأجيل أيضا لكنه ادعى مضى الاجل وأنكره المقر كان القول للمقر لانه منكر بحلول الدين واستحقاقه عليه اه شرح تكملة في البيوع (قوله حيث تكون الاثواب تفسير الخ) اعلم انه اذا قال مائة ودينار أو قال مائة ودرهم أو مائة وقفز حنطة أو مائة وفلس أو مائة ومن زعفران فالقياس أن يلزمه المعطوف ويرجع في بيان المعطوف عليه الى المقر وبالقياس أخذ الشافعي ولكن استحسنا علماؤنا في المكيل والموزون والعدد المتقارب وجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وصاحب الاسرار وان قال له على مائة وثوب أو مائة وشاة أو مائة وعبد يلزمه المعطوف والمرجع في بيان المعطوف عليه اليه بالاتفاق ولوقال مائة وثلاثة دراهم أو قال وثلاث ثياب أو وثلاثة أثواب يكون البيان في المعطوف بياناً في المعطوف عليه بالاتفاق والحكم في قوله مائة وثوبان مثله في قوله مائة وثوب وان قال

ثوبان لا رواية فيه كذا في مختصر الاسرار اه اتقاني رحمه الله (قوله لعدم ثبوتها في الذمة في جميع المعاملات) أي يقولون فانها لا تثبت في الذمة الا في السلم والنكاح وهذا لا يكثر بقي على الحقيقة اه

(قوله ولو قال لفلان على نصف درهم الخ) أي ولو قال له على كثر من حنطة وشعير وسهم كان من كل واحد منهم الثلث لأنه فسر الكل الواجب بهذه الاجناس الثلاثة فيقضى الابعام بالسوية اه اتقاني (قوله في المتن لو أقر بتمر في قوصرة) القوصرة وعاء التمر منسوج من قصب قال صاحب الجهرة أما القوصرة فالحسب بها دخيلا وقد روى ثم قال ولا أدري صحة هذا البيت اه اتقاني (قوله لزماه) أي لان الاقرار اخبار والاقرار بالغصب اخبار عن نقله اذا الغصب نقل ونقل المظروف لا يتصور حال كونه مظروفا لا ينقل الظرف فصار اقرارا بغصبهما ضرورة كذا في كتب أصحابنا وفيه نوع تأمل اه كذا (قوله لان كلمة من الانتزاع) أي لا ابتداء الغاية فيكون اقرارا بأن مبدأ الغصب من قوصرة اه كذا (قوله فيكون مقرا بالمتزوع) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي ولو قال غصبتك كذا وكذا أو كذا وكذا مع كذا أو كذا بكذا أو كذا عليه كذا لزماه جميعا لان هذه الالفاظ تقتضي التصاق أحدهما بالآخر وضمه اليه فيرد عليهما الغصب دفعة واحدة ولو قال كذا من كذا أو كذا على كذا الزمه الاول فقط لانه يقتضي الانفصال والتمييز لا الجمع بينهما في حق ورود الغصب عليهما (٩) اه اتقاني في المبسوط الاصل في جنس هذه المسائل أنه ان كان

الثاني طرفا للاول ووعاءه لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وتمر في قوصرة وان كان الثاني عمالا يكون وعاء الاول نحو غصبتك درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح للطرفية اه كذا (قوله وعلى هذا الطعام في الجوالق) كما اذا قال غصبت الطعام في الجوالق اه (قوله أوفي السفينة) حيث يلزمه الطرف والمظروف اه اتقاني وقال الاتقاني ولو قال غصبتك كذا في كذا والثاني مما يكون وعاء الاول لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وما أشبه ذلك لانه مظروفه في حال ورود الغصب عليه فيرد على طرفه ضرورة

يقولون أحد وعشرون ثوبا وثلاثة وخمسون درهما فينصرف التفسير اليهما بالاستواء ثم ما في الحاجة اليه وفي النهاية روى ابن سماعة عن أبي يوسف في قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذا في قوله مائة وشاة ووجهه أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانهم لا يقسمون قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة تتحقق في أعدادها المجانسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسير اليهم وهذا ليس بظاهر فان عندهما تقسم العبيد كالغنم ولا يقسمون عند أبي حنيفة رحمه الله ولو قال لفلان على نصف درهم ودينار و ثوب فعليه نصف كل واحد منهما وكذا لو قال نصف هذا العبد ونصف هذه الجارية لان الكلام كله وقع على شيء بغير عينه أو بعينه فينصرف النصف الى الكل كانه قال على نصف هذا ونصف هذا الخ بخلاف ما اذا كان بعضه معينا وبعضه غير معين بأن قال نصف هذا الدينار ودرهم حيث يجب عليه نصف الدينار ويجب الدرهم كله ولو قال عشرة دراهم ودينار وقيراط فهو من الفضة لان الاكتفاء بالتفسير الاول شائع عندهم قال الله تعالى وليأمنوا في كفهم ثلاثمائة تسنين وازدادوا تسعا يعني من التسنين قال رحمه الله (لو أقر بتمر في قوصرة لزماه) يعني التمر والقوصرة وفسر في الاصل بقوله غصبت تمر في قوصرة ووجهه أنه أقر بغصب تمر حال كونه مظروفا ولا يتصور ذلك بدون طرفه فلزمه بخلاف ما اذا قال غصبت تمر من قوصرة لان كلمة من الانتزاع فيكون مقرا بالمتزوع وعلى هذا الطعام في الجوالق أوفي السفينة قال رحمه الله (وبدابة في اصطبل لزمت الدابة فقط) لان غير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما وعلى قياس قول محمد رحمه الله بضمنهما وعلى هذا الطعام في البيت والاصل في جنس هذه المسائل أن الطرف ان أمكن أن يجعل طرفا حقيقة يتظر فان أمكن نقله لزماه وان لم يمكن نقله لم يلزمه المظروف خاصة عندهما لان الغصب الموجب للضمن لا يتحقق في غير المنقول ولو ادعى أنه لم ينقل المظروف لا يصدق لانه أقر بغصب تام اذ هو مطلق فيحمل على المكال وعند محمد رحمه الله لزماه جميعا لان غصب غير المنقول متصور عنده وان لم يمكن أن يجعل طرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول كقوله درهم في درهم ولم يلزمه الثاني لانه لا يصلح أن يكون ظرفا له قال رحمه الله (وبخاتم له الحلاقة والفص) لان الاسم يشملهما قال رحمه الله (وبسيف له النصل

(٣ - زيلعي خامس) اه (قوله وعلى هذا الطعام في البيت) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي ولو قال غصبتك مائة كحنطة في بيت ضمن الطعام والبيت في قول محمد لانه يرى الغصب في البيت وأبو حنيفة وأبو يوسف لا يريان فيه ضمن الطعام لا غير ولو قال غصبتك البيت بالطعام ولم أحوله لم يصدق وأخذهم ما جميعا في قول محمد لانه أقر بالغصب في الحنطة وذلك لا يكون الا بالنقل فاذا قال لم أحول الطعام فقد أنكر بعدما أقر فلا يصدق اه اتقاني (قوله في المتن وبخاتم له الحلاقة والفص) ولا تعلم فيه خلافا وكذا لو أقر بدار أو أرض لرجل يدخل البناء والأشجار اذا كانا فيهما حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك ان البناء والأشجار في الفص لم يصدق ولم تقبل بينته كذا نقلته من خط العلامة قارئ الهداية (قوله لان الاسم يشملهما) ولهذا يدخل الفص في بيع الطام من غير تسمية فاذا تناولهما الاسم لزماه جميعا بالاقرار اه اتقاني (قوله في المتن وبسيف له النصل الخ) قال في الذخيرة ولو قال هذا النخل في وفصه لث هذا السيف لي وحليته لث هذه الجبة لي وبطانته لث وقال المقر له الكل لي فالقول للقر وبعد ذلك يتظر ان لم يكن في نزاع المقر به شرير يؤمر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان في النزاع شرير فواجب على المقر أن يعطيه قيمة ما أقرب به اه

(قوله كالديدان في جمع دود) قال في الصحاح الدود جمع دودة وجمع الدود ديدان اه (قوله في المتن وبشوب في منديل) قال شيخ الاسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه ولو أقر أنه غصب ثوبا في منديل كان مقرا بالثوب والمنديل ويرجع في البيان إليه لان كلمة في للطرف يقال جعلت الدرة في الحلقة والحلقة في الجوارق وقد أمكن العمل بحقيقته على توافق العادة الجارية فيما بين الناس لانه في غالب العادة يجعل المنديل نظرا للثوب واذا أمكن العمل بحقيقته وجب اعتباره فاذا وجب اعتباره فهو هذا أقر بشوب منظر ووف في منديل ولا يتصور غصب ثوب منظر ووف في منديل الا بغصب الثوب والمنديل جميعا فانه متى غصب الثوب دون المنديل لا يكون غاصبا للثوب منظر ووف في المنديل فصار مقرا بغصب ثوب ومنديل الا أنه لم يعين الثوب والمنديل فيرجع في البيان إليه وكذلك لو قال غصبتك عشرة أثواب في عيبة كان مقرا بغصب عشرة أثواب وعيبة فيرجع في البيان إليه لانه لا يكون في غصب الثوب والمنديل اه اتقاني (قوله لانه) أي كلمة في حقيقته للطرف وقد أمكن العمل بالحقيقة فلا يصار الى المجاز وذلك لانه اه اتقاني (قوله لا تكون طرفا للثوب واحد عادة) أي فتترك الحقيقة بدلالة العادة وتحمل كلمة (١٥) في على المجاز ويجعل بمعنى البين والوسط كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي فيصير

والجفن والجائل) لان اسم السيف ينطلق على الكل النصل حديدته والجفن غمده والجائل جمع الحالة بكسر الجاء وهي علاقته قال رحمه الله (وبجمله العبدان والكسوة) لان الاسم يطلق على هذه الجلة عادة وهي المعتبرة في الباب والجلية بيت من زين الثياب والاميرة والعيذان جمع عود كالديدان في جمع دود قال رحمه الله (وبشوب في منديل أو في ثوب لزمه) لانه ظرف له وهو ممكن حقيقة فيدخل فيه على ما بينا بخلاف ما اذا قال غصبت كقاف على جاري حيث يلزمه الا كاف خاصة دون الجار لان الجار منذ كورايان محل المغصوب حين أخذه وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا ذكره في النهاية معزى الى المبسوط قال رحمه الله (وبشوب في عشرة ثوب) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله عليه أحد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة فأمكن جعله ظرفا كقوله حنطة في جوارق أو يحمل كلامه على التقديم والتأخير فيصير كأنه قال عشرة أثواب في ثوب لاني يوسف رحمه الله وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أولا أن العشرة لا تكون ظرفا للثوب واحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة اذا تعويل عليها ولان الثوب اذا لفي في ثياب كان كل واحد منها مظهرا وفا في حق ما وراءه فلا يكون ظرفا للثوب الذي هو ظاهر فلا يتحقق أن يكون الكل ظرفا لواحد قلنا آخر كلامه وحمله على التقديم والتأخير لا يمكن لان فيه احتيالا لا يجب المسال مع الاحتمال لان في قد تكون بمعنى البين قال الله تعالى فادخلي في عبادي أي بين عبادي فلا يجب بالشك وقوله النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب منقوض بما اذا قال غصبت منه كرايا في عشرة أثواب حرير فانه يلزمه الكل عنده مع أنه ممتنع عرفا قال رحمه الله (وبخمس في خمسة وعنى الضرب خمسة) وقال زفر رحمه الله عليه عشرة وقال الحسن بن زياد عليه خمسة وعشرون لعرف الحساب لانهم يريدون به ارتفاع أحد العددين بقدر العدد الاخر ولزفر أن حرف في تستعمل بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي أي معهم وهو الفاشي بين الكافة وانما اراد به ارتفاع أحد العددين بقدر الاخر عند الخواص من الناس وهم الحساب وهذا لان حقيقة في أن تكون للطرف ولا يتصور أن تكون الدراهم طرفا للدراهم فتعين

كأنه قال غصبت ثوبا من وسط عشرة أثواب فلا يلزمه الا واحد اه اتقاني (قوله فادخلي في عبادي أي بين عبادي) سيأتي في كلام الشارح عند قوله في المتن وبخمس في خمسة أن في في الآية بمعنى مع اه (قوله منقوض) مثل هذا على عادة الفقهاء لان النقض حقيقة يكون بخلاف الحكم مع وجود العلة اه من خط الشارح رحمه الله (قوله وقال زفر عليه عشرة) قال الاتقاني قال صاحب الهداية وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون أراد به الحسن بن زياد صاحب أبي حنيفة ومذهب زفر مثل قول الحسن كذا في التقريب اه وقال في الجمع أو بخمس

في خمسة بمعنى مع لزمه عشرة وان اراد الحساب ألزمه بخمس لا بخمس وعشرين اه وهو كما ترى مخالف لما نقله المجاز الشارح عن زفر فعل عن زفر روايتين والله أعلم اه (قوله ولا يتصور أن تكون الدراهم طرفا للدراهم) قال الشيخ الامام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي في باب الاقرار بالفاظ مختلفة قال أبو حنيفة اذا قال فلان على عشرة دراهم في عشرة دراهم فعليه العشرة الاولى لان كلمة في تستعمل للطرف والعشرة لا تصلح طرفا لعشرة أخرى فلغا قوله في عشرة وبقى قوله فلان على عشرة وكذلك لو قال في عشرة دراهم الا أن يقول غصبت هذه وهذه لانه في ذكره ويراد به ما مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي أي مع عبادي ولكنها خلاف الظاهر فلا ينصرف اليها الا بالنية ولو قال على درهم في قفيز حنطة لزمه الدرهم والقفيز باطل لان القفيز وان صلح طرفا للدراهم لكنه لزم المظروف دون الظرف فلا يلزمه الظرف وبيانه ما قال خواهر زاده أنه أقر بدرهم في الذمة وما في الذمة لا يتصور أن يكون منظر ووف في شيء آخر ولو قال على قفيز حنطة في درهم لزمه القفيز وبطل الدرهم لان الدرهم لا يصلح طرفا له وكذلك لو قال على فرق زيت في عشرة مخاتيم حنطة لزمه الزيت والحنطة باطل لانها لا تصلح طرفا كذا في شرح الكافي اه اتقاني وكتب ما نصه قال في شرح الكافي لو قال على

درهم مع درهم أو معه درهم لزمه درهمان لأن كلمة مع للجمع فصار كأنه قال له على درهمان وكذلك لو قال له درهم أو بعده درهم لأنه
 أخبار عن حالة الوجوب فقد أقر بوجوب درهم آخر سابقا عليه أو متأخرا عنه فيؤخذ به وإن قال درهم قدر درهم أو درهم لزمه درهمان جميعا
 لأن مقتضى الجمع والمقارنة في الوجوب ولو قال له على درهم درهم لزمه درهم واحد فرق بين هذا وبين ما إذا قال لا مهر أنه أنت طالق طالق
 حيث يقع ثنتان لأن الإقرار بأخبار فيجعل الثاني مؤكدا للاول والطلاق انشاء والتأكيدي لا يدخل في الانشاء فكان الثاني غير الاول
 فاقضى وقوع طلاق آخر ولو قال له على درهم بدرهم لزمه درهم لأن الباء البدلية يعني عوضه درهم فقد أخبر أن الوجوب كان بطريق
 المعاوضة وكذلك لو قال له على درهم على درهم لأنه وصف الاول بالوجوب والثاني بكونه (١١) موضعا فلا يتصف الثاني بالوجوب

في لزمه درهم واحد ولو قال
 له على درهم ثم درهمان
 لزمه ثلاثة دراهم لأنه أقر
 بوجوب الدرهم سابقا على
 وجوب الدرهمين في لزمه
 ثلاثة دراهم اه اتقاني
 (قوله وهي الظرفية) أي لأن
 الدراهم لا تصلح أن تكون
 طرفا اه (قوله في المتن وعشرة
 ان عن مع) أي بلا خلاف
 وبه قال الشافعي وأحمد ولم
 يذكر في الكتاب ولا في
 المبسوط إذا أراد بقى معنى
 على ما حكاه عندنا ولكن
 ذكر في الذخيرة يلزمه عشرة
 وبه قال الشافعي ومالك اه
 كما في (قوله لا سيما إذا كان
 فيه تشديد على نفسه) أي
 لأن ذلك يصدق في القضاء
 أيضا اه من خط الشارح
 (قوله فلا تدخل الغائبان)
 وعلى هذا الخلاف إذا قال
 أنت طالق من واحدة إلى
 ثلاث فعند أبي حنيفة يقع
 ثنتان وعندهما يقع الثلاث
 وعند زفر يقع واحدة اه
 اتقاني (قوله ولو قال على

المجاز المتعارف بين الناس وبين اللفظين اتصال من حيث أن كل واحد منهما للجمع فصحت الاستعارة
 قلنا ما تعذرت الحقيقة وهي الظرفية لهما ولا يصار إلى المجاز لأن المجاز متعارض لأنهما يستعمل بمعنى الواو
 لاتصال بينهما من حيث أن كل واحد منهما للجمع وبمعنى مع على ما بينا وعنى على قال الله تعالى حكاية
 عن فرعون لأصحابه في جذع النخل أي على جذوع النخل وإذا كانت بمعنى على لا تقتضي وجوب
 الثاني على ما بينا من قبل وليس جملها على البعض أولى من البعض فلغت لما ذكرنا أن الظرفية إذا تعذرت
 تلفظ فصار كما إذا قال على درهم في درهم إذا لفرق بينهما وبين قوله على خمسة دراهم في خمسة دراهم لأن
 الموجب للإلغاء فيه هو تعذر الظرفية وهو ما فيه سواء وما ذكرنا الحسن لا يستقيم في الموزون وإنما ذلك
 في المسحوح على أن الارتفاع الذي ذكره يراد به تكثير الأجزاء لا تكثير الأعداد صحيحة وتكثير الأجزاء
 لا يوجب تكثير العدد وهو المتعارف عند الحساب قال رحمه الله (وعشرة ان عن مع) أي يلزمه عشرة ان
 أراد به معنى مع لأن اللفظ وهو حرف في محله مجازا على ما بينا فإذا نوى محتمل كلامه صحت نيته لا سيما إذا
 كان فيه تشديد على نفسه على ما عرف في موضعه قال رحمه الله (له على من درهم إلى عشرة أو ما بين
 درهم إلى عشرة له تسعة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يلزمه العشرة كلها وقال زفر رحمه الله يلزمه
 ثمانية وهو القياس لأنه جعل الدرهم الاول والاخر حدا واحدا لا يدخل في الحد ودخل الغائبان
 فصار كما إذا قال افلان من هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين فان الحائطين لا يدخلان
 في الإقرار فكذلك هذا ولا ييوسف وشهد رحمه الله ان الغاية لا بد أن تكون موجودة إذا لم يصرح
 أن يكون حسبا للوجود ووجوده بوجوبه فتدخل الغائبان بخلاف ما ذكر من المحسوس لأنه موجود
 فيصالح حد فلا يدخلان وله أن الغاية لا تدخل في المغيالان الحد غير المحدود فهذا هو الأصل كما قال زفر
 لكن هنا لا بد من ادخال الغاية الأولى لأن الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون الاول إذا يعقل ثلث بدون
 الاول قد دخلت الغاية الأولى ضرورة ولا ضرورة في ادخال الثانية فأنخذنا فيها بالقياس فلا تدخل ولأن
 العدد يقتضي ابتداء فإذا أخرجنا الاول من أن يكون ابتداء صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو أيضا
 من أن يكون ابتداء كالاول وكذا الثالث والرابع إلى آخره فيؤدى إلى خروج الكل من أن يكون واجبا
 فكان باطلا ولو قال على ثلثان كرحضة إلى كرشير فعليه عند أبي حنيفة رحمه الله كرحضة وكرشير
 الاقنيز لان القنيز الآخر من الشعر هو الغاية الثانية وعندهما يلزمه الكر ان ولو قال له على عشرة دراهم
 إلى عشرة دنانير فعند أبي حنيفة رحمه الله يلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما يلزمه عشرة دراهم وعشرة
 دنانير ذكر المسئلة في النهاية قال رحمه الله (له من دارى ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط له ما بينهما
 فقط) لما ذكرنا أن الغاية لا تدخل في المقياس قال رحمه الله (وصح الإقرار بالحل والحمل ان بين سبب صالحا

افلان كرحضة الخ) قال القدوري في التقريب قال أبو حنيفة فيمن قال افلان على ما بين كرشير إلى كرحضة لزمه كرشير وكرحضة
 الاقنيز ولم يجعل الغاية جميع الكر لان العادة أن الغاية لا تكون أكثر الشيء ولا نصفه وأكثر عبارة عن جملة من القنيزان فوجب أن يصير
 الانتهاء إلى واحد منها ثم قال وصحى عن أبي الحسن أنه قال لو قال له على من درهم إلى دينار لم يلزمه الدينار وشهدنا بوجوب أن الغاية أكثر
 الشيء اه اتقاني (قوله في المتن وللعمل ان بين سبب صالحا الخ) كما إذا قال لمانى بطن فلانة إلى من جهة وصية أوصى به له فلان بعينها
 أو ميراث ورثها من أبيه أو غيره فاستلمتكم عليه وصار ذلك ديننا للجنين على أو كان لفلان على ألف درهم وأوصى به لمانى بطن فلانة ومات
 أو كان لبيه أو قريب له آخر مات وتركها ميراثا له اه اتقاني

(قوله فيجب إعماله ما أمكن) أي لأن الأصل في كلام العاقل أن يصحح مهما أمكن وقد أمكن بالحل على أنه استهلك مال الجنين فيحمل عليه اه اتقاني (قوله وما أن يبين سببا غير صالح فلا يجوز) أي إقراره ولا يلزمه شيء بأن قال لما في بطن فلانة على ألف درهم بالبيع أو الإجارة أو الاقتراض فإن الإقرار لم يضاف إلى محله فإن الجنين ليس من أهل أن يستحق ديناً بالتجارة على أحد لأن الجنين لا يتجر ولا يتجرله وإذا لم يكن الجنين أهلاً لاستحقاق الدين بالسبب الذي أقربه كان ما أقربه للجنين بسبب التجارة كذباً بيقين والكذب بيقين لا يتعلق به حكم فيكون وجوده بمنزلة عدمه فكان كمن أقر أنه قطع يد فلان عمداً أو خطأ ويد فلان صحيحة لا يلزمه شيء هذا الإقرار شيء لأنه كذب بيقين فكذلك هذا بخلاف ما لو أقر بضيق (١٣)

والأفلا) وقوله ان يبين سبباً يتعلق بالإقرار للحمل لأن الإقرار للحمل هو الذي يشترط فيه بيان السبب الصالح لأنه ان يبين فيه سبباً صالحاً بأن قال مات أبوه فوريته أو أوصى له به فلان يجوز والأفلا وهذا عند أبي يوسف وعند محمد درجة الله تجوز الوصية له وان لم يبين السبب وأما الإقرار بالحل فخاف بالاجماع وان لم يبين السبب لمحمد درجة الله في الخلافية أن الإقرار بجهة موجبة فيجب إعماله ما أمكن وقد أمكن حله على السبب الصالح لأنه يمكن أنه ورثه أو أوصى له به فلا يصار إلى الإبطال مع الامكان فصار كإقرار العبد المأذون له أو الصبي المأذون له في التجارة فإنه يجوز لا مكان الجواز وان احتمل الفساد بأن أقر بمال ليس من التجارة ولهذا جاز إقراره بالحل مع احتمال الفساد ولا يبي يوسف رحمه الله أن لجوازه طريقين الارث والوصية وليس أحدهما بأولى من الآخر فيبطل كمن اشترى عبداً بألف ثم باعه وعبداً آخر معه من البائع بألف وخمسائة فإنه يبطل في العبد المشتري وان أمكن جوازه بأن يجعل الألف أو أكثر حصصاً للمشتري والباقي حصصاً للآخر بخلاف إقرار المأذون له في التجارة لأن لصحته جهة واحدة وهي التجارة وبخلاف الإقرار بالحل لأن لصحته جهة واحدة وهي الوصية على ما قالوا لأن الحل وحده لا يملك إلا بالوصية فتعينت سبباً ولأن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ولهذا يجوز إقرار العبد المأذون له وينفذ إقرار أحد المتفاوضين على شريكه ولو لا ذلك لما جاز ولا نفذ فصار كما اذا صرح به ولا يتصور البيع مع الجنين ولا يلي عليه أحد فيبطل وحاصله أن المسئلة ثلاث صور إما أن يبينهم الإقرار فهو على الخلاف وإما أن يبين سبباً صالحاً فيجوز بالاجماع وإما أن يبين سبباً غير صالح فلا يجوز بالاجماع ولا يقال ظاهر إقراره يقتضي الوجوب فكيف يقدر على إبطاله ببيان سبب غير صالح والإبطال رجوع عن الإقرار وهو لا يملك الرجوع لأننا نقول ليس برجوع وانما هو بيان سبب محتمل أنه يحتمل ان أحد من أوليائه بائعه عنه فيحسب أن ذلك صحيح فيقر به ويضيفه إلى الجنين أيضاً مجازاً كما يقال بنى فلان داراً وان كان الباني غيره وهم الاجراء ثم اذا صح الإقرار للحمل انما يصح اذا جاءت به في مدة يعلم أنه كان موجوداً وقت الإقرار ويحتمل وذلك بأن تضعه لقل من ستة أشهر اذا كانت ذات زوج أو لقل من سنتين من وقت الفراق اذا كانت معقدة ثم ان ولدته حياً كان له ما أقربه وان ولدته ميتة برتالي ورثة الموصى أو ورثة أبيه وان ولدت ولدين فان كانا ذكراً أو اثنين فهو بينهما نصفان وان كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى فكذلك في الوصية وفي الارث لأنه كمثل حظ الأنثيين وقد ذكرنا أن الإقرار بالحل جائز بالاجماع وان أبهم ولم يبين السبب وذكرنا الفرق لابي يوسف رحمه الله بينهما وبين الإقرار له ثم ان كان المقر به حل جارية فاعلم يستحقه المقر له اذا علم وجوده وقت الإقرار أو احتمل ذلك على الوجه الذي بينا وان كان حل بهم ثم يقدّر بأدنى مدة تصور ذلك عند أهل الخبرة على ما جرت به عادتهم قال رحمه الله (وان أقر بشرط الخيار لزمه المال وبطل الشرط) معناه أنه

الدين لهذا السبب بتجارة وليس له لأنه يتجرله ان كان لا يتجر هو بنفسه بخلاف الجنين اه اتقاني رحمه الله (قوله أو ورثة أبيه) أي فيما اذا قال مات أبوه فوريته اه (قوله وان أبهم ولم يبين السبب) أي لأن له وجهها صحيحاً بأن أوصى رجل بالحل لا آخر ومات فأقروا ورثته بأن هذا الحل لفلان ولا وجه له صحة غير فتمعين طريق التصحيح فيصح اه (قوله في المتن لزمه المال وبطل الشرط) قال الاتقاني وتحقيقه أن الإقرار لا يحتمل الفسخ والمقصود من الإقرار هو الفسخ فلما لم يحتمل الإقرار الفسخ لم يجز شرط الخيار ولزمه المال لأن المقصود من فسخ الإقرار فسخ المقر به والمقر به لا يفسخ بفسخ الإقرار لأن المقر به وجوب ألف درهم ووجوبه ما كان بالإقرار حتى يفسخ بفسخ الإقرار لأن الإقرار انجباراً كان وليس بإيجاب

مبتدأ وان لم يفسخ المقصود من فسخ الإقرار بفسخه لم يكن الإقرار محتملاً للفسخ كما في باب الطلاق والعتاق لما لم يكن فسخ ما هو المقصود من الاعتاق والطلاق وهو ما سقط به ما لم يكن محتملاً للفسخ فكذلك اه ذأ وأورد شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه في هذا المقام سؤالاً وجواباً فقال فان قيل الإقرار بما يحتمل الفسخ بعد وقوعه فإنه يفسخ برده المقر له فالجواب عنه أن الرد من المقر له ليس بفسخ للإقرار لأن الفسخ رفع الشئ بعد ثبوته وتكذيب المقر له المقر في إقراره ليس برفع الإقرار بعد ثبوته في حقه بل بيان أنه غير ثابت في حقه أصلاً لأن الإقرار محتمل الصدق والكذب فاذا كذبه المقر له ثبت الكذب في حقه لأنه إقراره على نفسه وإذا صح التكذيب في حقه ظهر أن الإقرار لم يكن ثابتاً من الأصل لأنه انفسخ في حقه بعد وقوعه اه

(قوله والاخبار لا يقبل الخيار) أي سواء صدقه صاحبه أو كذبه اه اتقاني نقلا عن شرح الكافي للإسجاني اه (قوله لان الخيار لا يتغير) أي شرعا لان يتغير الخ (قوله جازان صدقه المقر له) أي والخيار له الى آخر المدة اه اتقاني (قوله لان الكفالة (١) تلائم اشتراط الخيار) لانها تحتمل من الجهالة والخطر ما لا يحتمله عقد البيع فإذا جازا اشتراطه في البيع ففي الكفالة أولى ثم قد رخص في البيع بثلاثة أيام عند أبي حنيفة ولم يقدر الخيار في الكفالة بمدة لان إطلاق الخيار ينافي حكم البيع لان حكمه الملك المطلق وحكم الخيار يمنع السبب من العمل وبينهما منافاة وحكم الكفالة ههنا لزوم الدين وانه يصح مطلقا ومقيدا فلا يكون اشتراط الخيار منافيا وان كذبه المقر له في الخيار يلزمه المال ولم يصدق على شرط الخيار لانه يدعي عليه التأخير وهو (١٣٩) ينكر اه اتقاني

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر حكم الاقرار بلا تغيير شرعا في موجهه مع المغير وهو الاستثناء لان الاصل عدم التغير اه اتقاني (قوله فانه يلزمه الاقل) قال المكاركي رحمه الله في معراج الدراية لو قال علي آلى الامانة أو خسين قال أبو سليمان عليه تسعمائة وخسون لانه ذكر كلمة الشك في الاستثناء فيثبت أقلهما كالوذ كر كلمة الشك في الاقرار بين الشيتين فانه يثبت أقلهما فكذا هذا وفي رواية أبي حفص يلزمه تسعمائة لان الشك في الاستثناء يوجب الشك في الاقرار فكانه قال علي تسعمائة أو تسعمائة وخسون فيثبت الأقل قالوا والاول أصح لان الشك حصل في الاستثناء ظاهرا اه (قوله وصار اسمها الخ) قال شيخ

إذا قال علي فلان ألف درهم قرض أو غصب أو ودیعة أو عارية فأنه بالخيار ثلاثة أيام وانما يلزمه لان الاقرار حجة ملزمة على ما بينا من قبل وهو اخبار عن الكائن وليس بانشاء والاخبار لا يقبل الخيار لان الخيار لا يتغير به صفة العقد ويخير من له الخيار بين فسخه وامضائه والخبر لا يتصور فيه ذلك لانه ان كان صادقا فهو صدق اختيار أو لم يختار وان كان كاذبا لم يتغير باختياره ولا بعدم اختياره فتعين الانشاء لان الخيار في معنى التعليق بالشرط والخبر لا يحتمل التعليق بالشرط لعدم حكمه وهو الاعدام وأما اذا قال علي ألف درهم من ثمن مبيع بعته على أني بالخيار صرح ويثبت الخيار اذا صدقه المقر له أو أقام على ذلك بينة لان المقر به عقد يقبل الخيار فيصح اذا ثبت بحجة وان كذبه المقر له لم يثبت الخيار وكان القول قول المقر له لانه من العوارض كالاجل والقول في العوارض قول المنكر وان أقرب بالدين بسبب كفالة على أنه بالخيار في مدة معلومة طويلة أو قصيرة جازان صدقه المقر له لان الكفالة عقد يصح فيه خيار الشرط بخلاف الصور المتقدمة لانها أفعال لا تقبل الخيار فكذا الاقرار بها والله أعلم بالصواب

باب الاستثناء وما في معناه

الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثمنا عندنا واخراج بعد الدخول عند الشافعي رحمه الله بطريق المعارضة وهذا مشكل فان الاستثناء جائز في الطلاق والعناق ولو كان اخراج الماصح لانهما لا يجتمعا الرجوع والرفع بعد الوقوع وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا قال فلان على ألف درهم الامانة أو خسين فعندنا يلزمه تسعمائة لانه لما كان تكلم بالباقي وكان مانعا من الدخول شككنا في المتكلم به والاصل فراغ الذم فلا يلزمه الزائد بالشك وصار نظير ما لو قال علي تسعمائة أو تسعمائة وخسون فانه يلزمه الاقل وعندنا دخل الالف كله صار الشك في المخرج فيخرج الأقل وهو خسون والباقي على حاله قال رحمه الله (صح استثناء بعض ما أقربه متصلا ولزمه الباقي) لما ذكرنا انه تكلم بالباقي بعد الثمنا وصار اسمها فليزمه كانه تكلم بالباقي ابتداء ثم اطلاق لفظة البعض في الكتاب من غير تقدير بشئ دليل على أن الاكثر جائز وهو المذهب وقال الفراء رحمه الله لا يجوز لان العرب لم تتكلم به فلما تكلمت به العرب وهو موجود في القرآن قال الله تعالى لا تغويهم أجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فاستثنى المخلصين تارة والغاوين أخرى فأجمع ما كان أكثر لزمه وقال الشاعر أدوا التي نقصت تسعين من مائة * ثم ابعثوا حكما بالعدل حكما

الاسلام المعروف بخواهر زاده في ميسوطه واذا أقر الرجل بألف درهم واستثنى فقال الاسائة درهم فان الاستثناء جائز وعليه تسعمائة أما جواز الاستثناء فانه استثنى بعض ما دخل تحت اللفظ مقصودا واستثناء بعض ما دخل تحت اللفظ مقصودا جائزا إذا كان المستثنى أقل من المستثنى منه عندهم جميعا فإذا صح الاستثناء صار مقرا بما وراء المستثنى وذلك تسعمائة كانه قال فلان على تسعمائة فأما اذا قال فلان على ألف الا تسعمائة وخسين درهما فان الاستثناء يصح ويكون عليه خسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفراء وهو قول أبي يوسف على ما روى عنه في غير رواية الاصول لا يصح الاستثناء ويلزمه الالف لان المستثنى أكثر من المستثنى منه كذا ذكر خواهر زاده ووجهه أن من عادة العرب أنهم يقصدون بالاستثناء اخراج الأقل دون الأكثر ونحن نقول اذا عرف عمل الاستثناء لم يفترق الحال بين أن يخرج الأقل أو الأكثر اه اتقاني (قوله لزمه) أي لزم الفراء اه

(١) قول الحنفي لان الكفالة تلائم الخ فكذا في أصل الحاشية وهو مخالف لعبارة الشارح كما ترى اه متجه

(قوله لا يصح استثناء الكل) أي كما إذا قال فلان على ألف درهم الألف قال الاتقاني وكذا إذا استثنى أكثر من الألف لأنه لم يجز استثناء الألف من الألف فلا يجوز استثناء الألف وزيادة أولى اهـ (قوله فلا يصح) أي وخبره فيلزمه ما أقربه اهـ (فرع) قال الامام محمد بن أحمد المعروف بالاسيحاوي في شرح الطحاوي لو قال له على عشرة دراهم الاستثناء دراهم الأربعة دراهم الأربعة دراهم الا درهمين فإنه ينظر الى المستثنى الأخير وهو درهم فيستثنيه من الذي يليه وهو ثلاثة فيبقى درهمان فيستثنيهما من الذي يليهما وهو خمسة فيبقى ثلاثة ثم يستثنى الباقي وهو ثلاثة من الذي يليه وهو سبعة فيبقى منها أربعة ثم يستثنى الباقي وهو أربعة دراهم من الذي يليه وهو عشرة دراهم فيبقى ستة فيلزمه ذلك وكذلك إذا دخل الاستثناء على الاستثناء على هذا القياس وقال شيخ الاسلام علاء الدين علي بن محمد الاسيحاوي في شرح الكافي لو قال فلان على ألف درهم ولفلان على مائة درهم الا قيراطا كان الاستثناء من الأخير لان الأصل في الاستثناء أن ينصرف الى الذي يليه ولو قال فلان على ألف درهم ولفلان مائة دينار لادريهما من الألف كان كما قال لأنه نص على المحل المستثنى منه فينصرف الاستثناء اليه ولم يبين أنه من الألف جعلته من الدينارين لان الأصل أن ينصرف الاستثناء الى ما يليه والذي يليه الدينارين ولو أقر لرجل واحد فقال له على ألف درهم ومائة (١٤) دينار لادريهما جعلت الاستثناء من الدراهم لان الأصل أن ينصرف الاستثناء الى ما هو

جف من له من كل وجهه الا عند التميز ولا تميز ههنا لان المستحق واحد وكذلك لو قال له على كراخنة ودرهم الا قيراطا فان كان الانسان واحدا جعلت الاستثناء من نوعه استحسانا لان الصرف اليه أولى لأنه جنس له من كل وجهه كذا في شرح الكافي وقال فيه أيضا لو قال فلان على ألف درهم أستغفر الله المائة درهم فالاستثناء باطل لان قوله أستغفر الله ليس من نسق الكلام لان الاستغفار لا يلائم الاخبار والافراسار فصار فاصلا وروى عن أبي حنيفة أنه لا يصير فاصلا لأنه يستعمل في العرف لاستدراك الغلط فصار كأنه قال غلطت

استثنى تسعين من مائة وان لم يكن باداة لانه في معناه وقال صاحب النهاية ولا فرق بين استثناء الأقل والاكثر وان لم تكلم به العرب ولا يمنع صحته اذا كان موافقا لغيرهم كاستثناء المكسور لم تكلم به العرب وهو صحيح ثم لا فرق بين أن يكون الاستثناء مما لا يقسم او مما يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان الائمة او قال الائمة صح قال رحمه الله (لا استثناء الكل) أي لا يصح استثناء الكل لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعده ولم يبق شيء ليصير مئة سكما به فيكون رجوعا فلا يصح وهذا اذا كان الاستثناء بلفظ المستثنى منه مثل أن يقول على عشرة الا عشرة أو يقول هؤلاء أحرار الا هؤلاء وأما اذا كان بخلاف لفظه يجوز وان أتى على الكل وذلك مثل أن يقول عبيدي أحرار الا هؤلاء أو يقول نسائي طوائق الا هؤلاء أو يقول عبيدي أحرار الا مباركا وسالما وبنيعا أو يقول نسائي طوائق الا زينا وب وعمره وفاطمة وليس له عبيد ولا نساء غير المستثنى صح الاستثناء فلا يعتق أحد منهم ولا تطلق واحدة منهم لانه اذا اختلف اللفظ يتوهم بقاء شيء من المستثنى منه اذا لفظ صالح له وذلك يكفي لصحة الاستثناء ولا يشترط حقيقة البقاء لان الاستثناء يتبع صحة الكلام انظرا لا تحقق مادخل تحته ألا ترى أنه لو قال لامرأة أنت طالق ألفا الا تسعة وتسعة وتسعين يصح حتى لا يقع عليها الا واحدة ولو كان يتبع صحة الحكم لوقع الثلاث كما اذا قال أنت طالق ثلاثا الا ألفا وعلى هذا لو قال أوصيت ثلث مالي الا ثلث مالي لا يصح الاستثناء ويأخذ الموصي له ثلث ماله ولو قال أوصيت له ثلث مالي الا ألفا وثلث ماله ألفا لا غير صح الاستثناء ولا يستحق الموصي له شيئا لما ذكرنا أنه يتبع صحة اللفظ لانه تصريف لفظي فينبغي على صحة اللفظ لا على صحة الحكم بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لخراج بعض ما تناوله اللفظ ولا لتكلم بالحاصل بعد التثنية فلم يصح اللفظ ولا الاستثناء قال رحمه الله (وصح استثناء السكيلي والوزني من الدراهم لا غيرهما) حتى اذا قال على ألف درهم الا قيراطا او الا دينار اصح

المائة درهم فلا يصح فاصلا لو قال فلان على ألف درهم سبحان الله الا خمسة دراهم لم يكن استثناء لان التسبيح لا يذكر وكذا لاستدراك الغلط في مجرى العبادة فكان نسقا آخر فعد فاصلا ولو قال فلان على ألف درهم يا فلان الا عشرة دراهم كان الاستثناء جائزا لانه أخرجه من خارج الاخبار اشخص خاص وهذا يصح فاصلا ولو قال فلان على مائة درهم فاشهدوا على بها الا عشرة دراهم كان الاستثناء باطلا لان قوله فاشهدوا على بها لا يحتاج الاقرار اليه فعد فاصلا بخلاف قوله يا فلان لانه لم يقع حشوا اهـ اتقاني (قوله في المتن وصح استثناء السكيلي) قال الكاكي رحمه الله وفي الذخيرة واذا صح الاستثناء بطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر وان كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقربه لا يلزمه شيء ثم ما ذكر أن جهالة المستثنى تلزم جهالة المقر به مخالف لما ذكره في الذخيرة محالا الى المتفق فقال قال أبو حنيفة لو قال فلان على مائة درهم الا قليلا فعليه أحد وخمسون درهما وكذا في نظائرها نحو قوله الاشياء لان استثناء الشيء استثناء الأقل عرفا فأوجبنا النصف وزيادة درهم فقد استثنى الأقل وعن أبي يوسف لو قال على عشرة الا بعضه فعليه أكثر من النصف اهـ (قوله في المتن والوزني من الدراهم) يعني أو من الدينارين كما نبه عليه الشارح بعد قوله قريبا من هذا المتن أو الا دينار اصح بقوله وكذا الخ اهـ وكتب ما نصه اعلم أنه اذا استثنى من خلاف الجنس ففيه خلاف فان كان استثناء المقدّر من المقدّر كما في الصورة المذكورة يصح الاستثناء

عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسننا وبطرح قدر قيمة المستثنى مما أقر به والقياس أن لا يصح الاستثناء وهو قول محمد وزفر وإن كان
استثناء غير المقدّر من المقدّر لا يصح الاستثناء عندنا كما إذا قال لفلان على مائة درهم الأثوب أقياسا واستحسننا خلافا للشافعي لأن الاستثناء
كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة ألا ترى إلى قوله **وبلدة ليس بها أنيس** إلا العاقر والأعيس
قد استثنى من خلاف الجنس ولنا أن الاستثناء إخراج وتساكم بالباقي بعد الثبوت وعلمه أهل اللغة فلا بد من المجانسة لأن معنى الاستثناء
لا يتحقق إلا بان يكون المستثنى داخل تحت صدر الكلام لولا يكن إلا والدخول تحت صدر الكلام لا يكون إذا لم توجد المجانسة فيكون
الاستثناء لبيان أن المستثنى لم يدخل في الصدر وجه ما قال محمد وزفر أن استثناء جنس من خلاف جنس لا يصح قياسا على ما لو استثنى من
المقدّر ثوبا أو حيوانا في الجملة على أبي حنيفة وأبي يوسف وقياسا على ما لو استثنى كلبا في (٩٥) الجملة على الشافعي وهذا لأن الاستثناء

إخراج بعض ما تناوله صدر
الكلام وهذا المعنى لا يتحقق
في خلاف الجنس فلا يطرح
قيمة قدر المستثنى ووجه قول
أبي حنيفة وأبي يوسف أن
الاستثناء إخراج بعض
ما دخل تحت صدر الكلام
ولا يمكن إخراج المستثنى من
صدر الكلام في حق التساكن
لأن ذلك لا يمكن لأن الحقائق
لا مردها ويمكن إخراجها
في حق الحكم وهو الوجوب
لأن المقدرات كلها جنس
واحد في حق الوجوب
بالعقد ولهذا يصح إيجابها
في الذمة كالدرهم فيصح
استثناءها فيصير تقدير
الكلام له على ألف الأقدار
قيمة المستثنى فيصير صدر
الكلام عدما في قدره في حق
الوجوب بخلاف ما إذا
استثنى غير المقدّر حيث
لا يصح لأن ما يثبه غير معلومة
لكونه متفاديا في نفسه
فيكون استثناء المجهول من
المعلوم فيفسد ولا أن الثوب

وكذا لو قال على مائة دينار الأقفير شعير أو الأ عشرة دراهم صح وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله
عنهما ما قال محمد وزفر رحمه الله لا يصح ولو قال على مائة درهم الأثوب لا يصح باتفاق أصحابنا وقال الشافعي
رحمه الله يصح فيه ما يعني في المثل وغيره لأن حكم الاستثناء امتناع ثبوت الحكم في المستثنى لقيام الدليل
المعارض عنده بمنزلة دليل الخصوص من العموم فإذا قال على عشرة الأ خمسة يصير كأنه قال الأ خمسة فإنها
ليست على فإذا كان بطريق المعارضة يجب العمل بالدليل المعارض بقدر الامكان فإذا كان المعارض
من جنسه يجب إخراج قدره وإن كان من خلاف جنسه يجب إخراج قيمته عملا بالدليل المعارض بقدر
الامكان ولمحمد وزفر أن الاستثناء إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لمكان
داخل تحت اللفظ وهذا لا يتصور في خلاف الجنس لعدم دخوله تحت اللفظ ولأبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله أن القياس ما قاله محمد وزفر رحمه الله لما بينا أنهما استحسننا في المقدرات وهي المكمل
والموزون لأنها جنس واحد في المعنى من حيث أنها ثابت في الذمة طال أو وجلا ويجوز استعقارها وإن
اختلفت صورتها فإذا كانت في المعنى جنسا واحدا جاز استثناءها باعتبار المعنى لأن الاستثناء إخراج
بطريق المعنى على أن يصير الكلام به عبارة عما وراء المستثنى وما ذكره الشافعي لا معنى له لأن المعارضة
لا تثبت عند اختلاف المحل لأن انتفاء أحدهما لا ينافي ثبوت الآخر فلا يمتنع إرضاءه ولأن العبد لا يقدر
أن ينفي ما عليه من الواجب بطريق المعارضة فإنه إذا أقر به لزمه ولا يتصور أن ينفي بعد ذلك بانكاره ولو
كان بطريق المعارضة كما ذكره لا يتصور فيه البعض والكل كالنسخ وكذا كان يستوي فيه الاتصال
والانفصال لأن المعارض لا يشترط أن يكون مقارنا وانما ذلك في المغير ولأن الإقرار خبر ولو كان بطريق
المعارضة لمكان أحدهما كذا وبذلك لا يجوز لأنه موجود في القرآن قال الله تعالى فلبث فيهم ألف سنة إلا
خمسين عاما ولو كان هذا الخبرا عن لبثه فيهم ألف سنة ثم أخبر أنه لم يلبث فيهم خمسين عاما من المكان كذا
تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا وانما هو اسم للباقي بعد الثبوت كأنه قال فلبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما لأنك
إذا قلت على عشرة الأ خمسة فكذلك اسم للخمسة كأنك قلت على خمسة لا أنك أقررت بعشرة ثم أسقطت
الخمسة بعد ذلك بكلام معارض والمعدود الذي لا تتفاوت أحاده كالنولس مثل المكمل والموزون حتى يجوز
استثناءه من الدراهم والدينار قال رحمه الله (ولو وصل إقراره بان شاء الله بطل إقراره) لأنه باطل أو تعاقب
على ما بينا في الطلاق فإن كان الأول قد بطل وهو ظاهر وإن كان الثاني فكذلك لأن الإقرار لا يحتمل
التعليق بالشرط حتى إذا قال لفلان على ألف درهم إن شاء فلان كان الإقرار باطلا وإن شاء فلان لأنه

لا يجانس الدراهم لا صورة ولا وجوب في الذمة فإن الثوب لا يجب في الذمة إلا سلبا أو ما هو في معنى السلم كالبيع بتياب موصوفة والدراهم
تجب مطلقة وهذا معنى قوله لا يجب بطلاق عقد المعاوضة فلم يجز أن يضم إلى إقراره ما لم يتضمنه إقراره اه اتقاني **فرع** قال في شرح
الكافي أيضا لو قال لفلان ألف درهم إن شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا الإقرار باطل لأنه علق وما تجزوا للزوم حكم التنقيح لا حكم
التعليق وكذلك كل إقرار علق بخطر أو شرط فهو قوله إن دخلت الدار أو إن مطرت السماء أو إن هبت الريح أو إن قضى الله أو إن أراد أو
إن رضيه أو إن أحبه أو إن أصبت ما لا أو إن كان كذلك أو إن كان ذلك حشا لأنه تعاقب الإقرار بالشرط فلا يكون إقرارا في الحال ولا يمكن
جعله إقرارا عند وجود الشرط لأنه ليس بوجود في تلك الحالة بخلاف التعليق الطلاق والعناق لأننا بقينا من حيث انقضى وله حكم في الحال
وهو الحال أو المنع ثم إذا جاء الشرط انحلت التركيب فوقع الطلاق وههنا الحكم بخلافه اه اتقاني (قوله كان الإقرار باطلا وإن شاء فلان)

أى لان مشيئة فلان لا توجب المالك اه اختيار (قوله أو الى الاضحية) فهذا كله اقرار وهو حال عليه ان لم يقر الطالب بالاجل لانه ذكر الوقت وانه يذ كر لتأخير المطالبة فكان مقرارين مؤجل فيلزمه اه اتقاني (قوله وشرط في المختصر أن يكون موصولا) قال في الهداية ومن أقرب بحثي وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار قال الاتقاني وذلك لان المشيئة تمنع من لزوم ما يلزم عند عدمها قال تعالى سجدنى ان شاء الله صابرا ولا أعصى لك أمرا بانه أنه لو لم يقر ان شاء الله ولم يصبر كان خلفا في الوعد فلما قال ان شاء الله ولم يصبر لم يصبر بخلف الوعد فعلم بذلك أن المشيئة اذا علق بمانع ثبوت الحكم وهذا الذي ذكرناه استحسان والقياس أن لا يصح الاستثناء ويلزمه المال ذكر الاستحسان والقياس خواهر زاده (١٤٦) في مبسوطه ووجه القياس أن فائدة التعليق تأخير الحكم الى أن يوجد الشرط وتأخير

علقه بشرط في وجوده خطر والاقرار لا يحتمله لان التعليق بين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يعلق به أصلا وانما التعليق فيما هو واجب ليعين بالتعليق أنه ليس باقاع ما لم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط نحو قوله ان دخلت الدار أو أمطرت السماء أو هبت الريح أو ان قضى الله تعالى أو اراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو ان بشرت بذلك فهذا كله وما شا كاه مبطل للاقرار اذا كان موصولا للمعنى الذى ذكرنا ولو قال اشهدوا أن له على ألف درهم ان مات فهو عليه ان مات أو عاش فان هذا ليس بتعليق فان موته كائن لا محالة ومرا دة أن يشهد به هم على المال المقرب به حتى لا يبقى ذمته هرة ثم لا يشهدوا بعد موته اذا حدث الورثة فيكون راجعا الى تأ كيد الاقرار فيلزمه المال عاش أو مات وكذا لو قال على ألف اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس أو الى الفطر أو الى الاضحية لان هذا ليس بتعليق وانما هو دعوى الاجل الى الوقت المذ كور فيكون اقراره مقبولا ودعواه الاجل لا يقبل الا بحجة هكذا ذكره في النهاية وذكر في المحيط في باب تعليق الاقرار بالشرط هذه المسئلة فقال أصله أن تعليق الاقرار بالشرط باطل والمال لازم لان الاقرار اخبار عن كائن سابق والكائن لا يعلق بالشرط وانما يعلق بالشرط غير الكائن ليصير كائنا عند وجود الشرط ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا فائدة في تعليقه بالشرط فلما علق بالشرط الاقرار بالشرط الا اذا كان الشرط سببا لحلول الاجل والموت وحجى الغد فيصح تعليقه بذلك الشرط لانه يراد به الاخبار عن محل الاجل هكذا ذكره في مسائل المبسوط وذكر في النهاية في أوائل هذه المسئلة معزيا الى المبسوط فقال لو قال غصبت منك هذا العبد أمس ان شاء الله تعالى لم يلزمه شيء استحسنانا والقياس أن استثناءه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشآت دون الاخبارات ولكنه استحسن فقال الاستثناء يخرج للكلام من أن يكون عزيمة لأن يكون في معنى الشرط ألا ترى أن موسى عليه الصلاة والسلام لم يعاتب على ترك الصبر ولو لم يخرج لهو تب لان الوعد من الانبياء عليهم الصلاة والسلام كالعهد من غيرهم والاقرار لا يكون الا بكلام هو عزيمة وهذا يشير الى ما قال في المحيط وشرط في المختصر أن يكون موصولا لانه لو كان مفصولا لا يؤثر خلافا لابن عباس هو استدل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال والله لأغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله قلنا هو مغير والمغير لا يصح الامتصلا كالشرط واستثناء النبي عليه الصلاة والسلام كان لامثال أمرا لله تعالى بقدر الامكان لا يمنع الانعقاد وقد ذكرنا في كتاب الطلاق هل هذا الاستثناء تعليق بشرط لا يعلم وجوده أو باطل او ذكرنا الخلاف فيه بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فلا نعيده قال رحمه الله (ولو استثنى البناء من الدار

ما كان متحققا في الماضي لا يصح لان الاقرار اخبار عما كان في ذمته في الماضي وليس بايجاب مبتدأ في الحال وجه الاستحسان أنه تعليق أمر ثابت في الحال بشرط غير متحقق لا يعرف وجوده كافي الطلاق والعقاق اذا علق بمشيئة الله تعالى اه (قوله هل هذا الاستثناء الخ) أى الاستثناء بمشيئة الله تعالى اه (قوله في المتن ولو استثنى البناء من الدار الخ) قال الاتقاني قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي واذا كانت الدار في يدي رجل فأقر أنها لفلان الا يتمامها معلوما فانه لى فهو على ما قال وكذلك لو قال الاثلثا أو الا تسعة أعشارها لى فانه يصدق لانه بالاستثناء تبين أنه انما أقر بما سوى المستثنى لانه تكلم بالباقي ولو قال الدار فلان وهذا البيت لى كانت الدار كاه الفلان وكذا لو قال الدار لئلا نولكن هذا البيت لى

وكذلك لو قال هذه الدار فلان وبنائها لى أو قال هذه الارض فلان ونخلها لى أو قال النخل باصولة فلان وعمرته لى لانه فهمما أقرب به كله لفلان ثم ادعى شيئا منه بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال هذه الدار فلان الابناء هافانه لى لم يصدق أيضا على البناء والبناء تابع وأيس هذا باستثناء لان الاستثناء اخرج بعض ما دخل تحت صدر الكلام والبناء لم يدخل تحت صدر الكلام وانما دخل بطريق التبعية والاتباع لا يتناولها الاستثناء كما لو قال هذه الجارية لفلان الابناء هافانه لى أليس أنه لا يصدق كذا هنا وكذلك لو قال هذا البستان لفلان الانخلة بغير أصوله فانه لى أو قال هذه الجارية لفلان الابناء هافانه لى أو قال هذا السيف لفلان الاحلية فانه لى لم يصح الاستثناء لانه استثناء للتوابع وانما تدخل تحت صدر الكلام كذا في شرح الكافي وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في باب

بأنى بعد هذه المقالة تناوشرها اه (قوله وانما بعثك بهذا آخر وسلمته اليك) أى ولى عليك ألف درهم عنه اه (قوله والحيكم فيه كالأول) أى أنه يلزمه ألف درهم اه (قوله فقال المقر له هي الخ) اعلم أنه إذا أقر أن لفلان عليه ألف درهم من ثمن هذا العبد فلا يخلو إما أن يكون العبد في يد المقر أو في يد ثالث فإن كان في يد المقر فإن صدقه الطالب فيما أقر لزمه ألف درهم لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معانية ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد والعبد في يده كان عليه ألف درهم فكذلك هذا إذا قال الطالب العبد عبدى وانما بعثك عبدا غيره وأخذ العبد منه فإنه لا يلزمه شيء لأنهم لم يتصادقا على الوجوب فإن المقر انما أقر له بألف درهم بدلا عن هذا العبد فإذا لم يسلم له العبد لا يسلم المقر له بدله فاما إذا قال العبد عبدك وانما بعثك عبدا غيره ولى عليك ألف درهم عنه فإنه يلزمه ألف درهم لأنهم ما اختافا في الجهة التي وجب الالف واتفاقا على الوجوب أما الطالب فلأنه ادعى وجوب ألف درهم بسبب بيع عبدا آخر اشترى منه وقبضه وهو قد أقر بالوجوب بدلا عن هذا العبد وقد سلم له العبد فقد تصادقا على الوجوب واختلفا في جهة الوجوب وفي مثل هذا يقضى بألف درهم كالأول فقال على ألف درهم (١٨)

المقر العبد وسأله المقر له إلى المقر لزم المشتري الثمن من هذا العبد لأنه أقر له بألف على صفة فيلزمه على الصفة التي أقر بها وهذه المسئلة على وجوه أحدها ما ذكرنا وهو ما إذا صدقه وسلمه إليه وحكمه ما ذكرنا لأن ما ثبت بتصادقهما يكون كالثابت عيانا والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعثك به وانما بعثك عبدا آخر وسلمته اليك والحيكم فيه كالأول لأنهما اتفقا على ما أقر به من أن كل واحد منهما ما يستحق ما أقر به غير أنهما اختلفا في سبب الاستحقاق ولا يمالى باختلافهما ولا باختلاف السبب عند حصول المقصود واتفقا على الحكم فصار كما إذا أقر له بغصب ألف درهم فقال المقر له هي قرص فإنه يؤمر بالدفع إليه لاتفاقهما على الاستحقاق والثالث أن يقول العبد عبدى ما بعثك به وحكمه أن لا يلزم المقر شيء لما ذكرنا أنه أقر له على صفة وهي سلامة العبد له فلا يلزمه بدونها والرابع أن يقول المقر له لم أبعثك بهذا العبد وانما بعثك عبدا آخر حكمه أن يتحالفا لأنهما اختلفا في المبيع وهو يوجب التحالف قال رحمه الله (وان لم يعين لزمه الالف كقوله من ثمن نخرا وخزير) أى وان لم يعين المقر العبد لزمه الالف كما إذا أقر بألف من ثمن نخير فإنه يلزمه الالف ولم يقبل قوله أنه لم يقبض المبيع ولا تفسيره بثن النخرو وصل أم فصل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله ان وصل صدق في المسئلتين فلا يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبدا أو نخرا لأنه أقر له بالمال وبين سببه وهو غير صالح لأن ثمن عبدا مجهول لا يجب سواء كانت الجهة عند العقد أو بعد بالاختلاف بأمثاله لأنه يفسد به العقد أو يهلك به المبيع قبل القبض فلا يجب به الثمن وكذا ثمن النخرا لا يجب وصدر كلامه يقتضى الوجوب فصار بيانا مغيرا كالاستثناء والشرط والمغير يصح موصولا ولا مفعولا ولا في حنيقة رحمه الله ان صدر كلامه لما كان الوجوب فأنه في آخره عاينا في الوجوب رجوع عنه فلا يصح موصولا كان أو مفعولا ولأن المقر لو ادعى تأخير الثمن إلى شهر لا يقبل إقراره في التأجيل ويجب عليه حالا في إضافة المبيع إلى المجهول وأنه يؤدي إلى التأخير أبدا كان أولى بيانه أن الثمن لا يجب تسليمه إلا بعد احضار البائع المبيع فلو أحضر البائع عينا يسلمه إليه فلا يشتري أن يقول المبيع غير هذا وكذا في الثاني والثالث إلى ما لا يتناهى فلا يصل

فيما أقر به فإنه يسلم الثمن ويأخذ العبد لأن بيع هذا العبد ثبت بتصادقهما فصار كالثابت معانية ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد والعبد في يده البائع فقال للمشتري انقد الثمن وخذ العبد صح فكذلك هذا إذا قال العبد عبدك ولى عليك ألف درهم من ثمن عبدا آخر قبضته منى فإنه يلزمه ألف درهم لأنهما تصادقا على الوجوب واختلفا في جهة الوجوب والاختلاف في الجهة لا يمنع الوجوب متى تصادقا على الوجوب وهذا لأنه لا عبرة باختلاف الطريق إذا وقع الاتفاق على الحكم وان قال لم أبعث هذا العبد والعبد عبدى وانما بعثك عبدا آخر

وقبضته منى لا يلزمه الالف لأنهم لم يتصادقا على الوجوب لأن المقر ما أقر بوجوب الالف مطلقا وانما أقر بدلا عن العبد البائع ولم يسلم له العبد فلا يكون مقر بالوجوب فيحالف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فيسلم العبد للمقر له ويبطل المال لأن الطالب يدعى عليه تسليم الثمن ببيع غير هذا العبد وهو ينكر والمقر يدعى تسليم هذا العبد وهو ينكر فيتحالفان فلو كان العبد في يد ثالث ان صدقه المقر له وأمكنه تسليمه لزمه المال والافلا اه اتفان رحمه الله (قوله وهو يوجب التحالف) أى فإذا احتملنا بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن هو في يده اه كى (قوله في المتن وان لم يعين لزمه الالف) قال الاتقانى قال في التقریب فی تعلیل أبی حنیفة ان اقراره بتمتضي ثبوت المال في ذمته واضافته الى مبيع غير معين يقتضى اسقاطه فلم يصدق في الرجوع عن الاقرار ولأنه لا يخلو إما أن يدعى جهة المبيع حالة العقد فلا يستحق عليك عنه أو يدعى أنه كان معلوما ثم جهل وهذا يوجب فساد المبيع وسقوط الثمن ألا ترى أن من اشترى عبدا فاختلف بغيره فساد المبيع ومن اعترف بدين ثم ادعى سقوطه لم يقبل وليس كذلك المبيع المعين لأن ثمنه يجوز أن يلزمه فقد أضاف الدين إلى جهة يجوز ثبوته منها اه (قوله بيانه أن الثمن الخ) أى بيان أنه يؤدي إلى تأخير الثمن أبدا اه

(قوله هذا اذا كذبه المقر له) أي في السبب بان قال لي عليك ألف لكنهم ليست من عن مبيع اه (قوله وانما يجب بالقبض) أي في مسألة الكتاب أما في الشراء بشرط الخيار لا يجب الثمن وان قبض أيضا ما لم يسقط الخيار ومعنى قوله وانما يجب بالقبض أي انما تأكد الوجوب والا فالثمن في المبيع البات يجب بنفس الشراء اه كأي وكتب على قوله وانما يجب بالقبض مانعه كان ينبغي أن يقول وانما يجب بالمبيع البات اه من خط قارئ الهداية (فرع) قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي ولو قال على ألف درهم من عن خرو ووصل لم يصدق في قياس قول أبي حنيفة ويصدق في قول أبي يوسف ومحمد (١٩) هما مراعى أصلهما أن هذا بيان مغير وأبو حنيفة يقول لما قال

علي فقد وعف بالوجوب فاذا قال من عن خرو فقد ناقض لان عن الخرو لا يتصف بالوجوب عليه كذا في شرح الكافي ولكن هذا فيما اذا كذبه الطالب أما اذا صدقه في ذلك لا يلزم شيء في قولهم جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال من عن خرو ميتة أو دم وبه صرح شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه في باب الاقرار بدين من عن متاع ونقل في الاجناس عن كتاب اقرار الاصل رواية هشام لو قال لفلان على ألف درهم من عن خرو وخنزير وهما مسلمان وقال الطالب بل هو من عن بر فالسالم لازم للطلوب في قول أبي حنيفة مع عين الطالب وقال أبو يوسف القول قول المطلب مع عينه ولا شيء عليه ألا ترى أنه لو قال على درهم من ميتة أو رطل خرو كان باطلا ثم قال في الاجناس

البائع الى قبض الثمن أبدا فكان باطلا بخلاف ما اذا كان المبيع مبيعنا لانه لا يتأتى فيه ذلك فلا يؤدي الى البطلان فيلزمه على الوجه الذي أقر به على ما بينا هذا اذا كذبه المقر له وان صدقه في السبب بان قال بعته فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لزمه الثمن بالاقرار فلا يسقط عنه الا اذا أقر المقر له ان المقر لم يقبض المبيع وعندهما القول قول المقر انه لم يقبض المبيع فصل أم وصل لان المبيع لما ثبت بتصادقهما بقي أثر القبض محجلا لانه لم يقر بقبض المبيع نصا ولا اقتضاء لان الاقرار بوجوب الثمن لا يكون اقرارا بقبض المبيع اذ هو واجب بالعقد فصار كما اذا عين المبيع بخلاف ما اذا لم يصدق في السبب حيث لا يصح مفصلا لانه تغيير على ما بينا فلا يصح مفصلا وهذا لا تغيير فيه لتصادقهما في السبب فصار من باب المجملات فيصح بيانه مفصلا وموصولا ولو قال اني اشتريت منه مبيعاً الا أني لم أقبضه كان القول قوله بالاجماع لانه لم يقر بوجوب الثمن عليه وانما أقر بوجود الشراء منه وبمجرد العقد لا يجب الثمن لانه اذا اشتراه بشرط الخيار لا يجب عليه الثمن وانما يجب بالقبض فلا يكون الاقرار بالعقد اقرارا بالقبض فلا يجب بخلاف ما تقدم عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقا وعندهما اذا فصل البيان لانه قد أقر بهما بالوجوب فلا يسقط بآخر كلامه على اختلاف فهمهم على ما بينا ولو قال لفلان على ألف درهم زورا أو باطلا ان صدقه المقر له فلا احتمال أن يكون هذا حالا عند غيره ولو قال لفلان على ألف درهم زورا أو باطلا ان صدقه المقر له فلا شيء عليه وان كذبه لزمه ولو أقر أنه باع عبده هذا من فلان وادعى أنه لم يقبض الثمن وجبه كان له ذلك لان العبد في يده فالظاهر أنه ملكه فاذا أقر به غيره نفذ على الوجه الذي أقر به وكان القول له اذا أنكر المقر له قال رحمه الله (ولو قال من عن متاع أو أقرضني وعي زبوف أو نهر حصة لزمه الجواب بخلاف الغصب والوديعة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالان وصل صدق وان فصل لا يصدق وقال في الهداية وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوفة أو رصاص وذكري في النهاية لابي يوسف فيهما روايتين وعزا الى الجامع الصغير لقاضي خان اه ما أنه تفسير مغير فيصح بشرط الوصل وهذا لان اسم الدراهم يتناول الجياد والزبوف بحقيقته حتى لو تجوز بالزبوف في الصرف والسلم جاز والستوفة بمجازها الا أن مطلقه ينصرف الى الجياد لان التعامل يقع بها والاذهان تسبق اليها فكان غير الاصل من هذا الوجه فيصح بشرط الوصل كما اذا قال الا أنهم اوزن خمسة ونقد بالمدوزن مسبعة ولا يوجب حنيفة رحمه الله أن هذه الاشياء عيب والعقد يقتضي السلامة عنه ودعواه رجع عن مقتضى ما أقر به فلا يصح فصار كما اذا قال بعته مبيعاً وقال المشتري لابل سلم ما قاله لفلان كرفا والستوفة والرصاص ليسا من الاثمان والمبيع يرد على الثمن فكان رجوعا بخلاف قوله الا أنهم اوزن خمسة لانه استثنى القدر فصار مغيرا فيصح بشرط الوصل وبخلاف ما اذا قال على كرخنطة من عن دارا اشتريتها لانه اذ يشترى كرخنطة حيث يقبل موصولا ومفصلا لان الرداءة نوع لا عيب فطابق العقد لا يقتضي السلامة عنه بخلاف الجودة لان العقد يقتضيها ولا يصح

ذكر في نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة لو قال لفلان على ألف درهم حرام أو باطل لزمه في قول أبي حنيفة اه اتسأني (قوله في المتن أونهر حرة) أي وقال المقر له جياد اه (قوله وقالان وصل صدق) أي ولزمه ما أقر به اه (قوله أو رصاص) يعني عند أبي حنيفة لا يصدق وصل أم فصل فيلزمه الجياد وعندهما يصدق ان وصل وهما في غير الغصب وأما في الغصب فليس أبي الحكم فيه في الشارح آخر هذه الصفحة اه (قوله فيهما روايتين) أي في رواية مع أبي حنيفة وفي رواية مع محمد اه (قوله فطابق العقد الخ) قال شمس الأئمة السرخسي في أصوله في فصل بيان التغيير والتبديل الرداءة ليست بعيب في الخنطة فالعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة والرداءة في الخنطة تكون بأصل الخلقة فيكون هذا بيان النوع لا بيان العيب فيصح موصولا كان أو مفصلا وقال في كتاب التكريب اذا قال له على عشرة أفلس من

عن مبيع ثم قال هي كسدة لم يصدق عند أبي حنيفة وان وصل لان كساد الفلوس عيب فيها فصار كالزئوف وروى عن أبي يوسف انه
 وقرق بين الكسدة والزئوف لانه اذا ادعى الكساد فقد ادعى فساد المعقود عليه ثم رجع وقال يصدق اذا وصل وهو قول محمد لان استثناء
 الصفة كاستثناء القدر اه اتقاني (قوله لان الغصب لا يقتضي السلامة) أي عن العيب عرف لان كلامهما كما ورد في الجهاد يرد في
 الزئوف فكان ذلك بيان النوع فصع موصولا ومفصولا فصار كما اذا ادعى بالغصب والوديعة بان غصب ثوبا وكان عنده وديعة فجاء به
 وهو معيب خلق فقال كان ذلك يوم الغصب أو الوديعة كان القول قوله فكذا هذا وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول
 زفر والحسن بن زياد ان قال موصولا يقبل قوله وان قال مفصولا لا يقبل قوله اه اتقاني (قوله وفي الستوة الخ) قال في الهداية
 ولو قال هي ستوة أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق قال الاتقاني قال شيخ الاسلام علاء
 الدين الاسيحي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان قال هي ستوة أو رصاص صدق ان وصل ولم يصدق اذا فصل يعني في الغصب
 والوديعة وذلك لانها ليست من جنس الدراهم حقيقة وان كانت من جنسها صورة فصارت رادتها باسم الدراهم كراداة المجاز باسم
 الحقيقة واذا بين أنه أراد باللفظ المجاز (هـ ٣) موصولا قبل والا فلا اه وكتب على قوله وفي الستوة مانعه عطف على قوله في

استثناءها على ما بينا في استثناء الباء بخلاف ما اذا أقر بغصب ألف درهم أو بالوديعة حيث يقبل قوله في
 هذه الاشياء لان الغصب لا يقتضي السلامة لان الانسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده فلا يقتضي
 السلامة فيقبل قوله الا انه في الزئوف والنهر رجعة يقبل قوله مطلقا مفصولا وموصولا لانهم مانوع من
 الدراهم وفيه يقبل مفصولا ولان الاختلاف اذا وقع في المقبوض كان القول قول القابض ضمنا كان أو
 أمينا وفي الستوة لا يصدق الا موصولا لانها ليست من جنس الدراهم وانما يتناولها الاسم مجازا فكان
 من باب التغير فلا يصح مفصولا وعن أبي حنيفة رحمه الله في غير رواية الاصول في القرض أنه يصدق
 في الزئوف ان وصل لان القرض يتم بالقبض فأشبهه الغصب والوديعة والظاهر هو الاول لانه يجب
 بالتعامل فأشبهه ما يجب بالمبيع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا قال غصبت ألفا ثم قال هي زئوف لم يصدق
 اذا فصل كما في القرض لان كلامهما مضمون عليه بالقبض ولو قال لفلان على ألف درهم زئوف ولم يذكر
 السبب قيل يصدق اجماعا اذا وصل لانه لم يصرح بالعقد واستحقاق الجودته وقيل هو على الخلاف لان
 مطلق الوجوب يحمل على انه وجب عليه بسبب موضوع له وهو التجارة فيكون على الخلاف قال رحمه
 الله (ولو قال الا أنه ينقص كذا متصلا صدق والا فلا) لانه استثنى القدر فيكون تغييرا فيصح موصولا
 لا مفصولا على ما بينا غير مرة ولو كان الانقطاع بسبب انقطاع النفس أو بسبب دفع السعال فعن أبي
 يوسف أنه يصح اذا وصل به وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى أن يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء
 في آخره ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فلو لم يجعل عذرا يكون عليهم حرج وعليه الفتوى
 قال رحمه الله (ومن أقر بغصب ثوب وجاء به عيب صدق) لان الغصب لا يختص بالتسليم كالوديعة على
 ما بيناه قال رحمه الله (وان قال أسخدت منك ألفا وديعة وهلكت وقال أخذتها غصبا فهو ضامن) لانه

الزئوف والنهر رجعة اه
 (قوله يصدق في الزئوف ان
 وصل) يعني اذا قال لفلان
 على ألف درهم قرض هي
 زئوف يصدق اذا وصل
 قوله هي زئوف بقوله ألف
 درهم قرض أما اذا قطع
 كلامه ثم قال بعد
 زمان هي زئوف لا يصدق
 باتفاق الروايات وذلك
 لان القرض يقتضي بالمثل
 فربما يكون المقبوض زيفا
 فيصدق فيما اذا وصل
 كما في الغصب وأراد
 بالاصول الجامعين والزيادات
 والمبسوط وهي ظاهرا رواية
 وغيرها غير ظاهرا رواية
 كالأمان والوادروا الرقيات

والهارونيات والكيسانيات اه اتقاني (قوله ولم يذكر السبب) أي كالبيع والقرض اه (قوله يصدق اجماعا) أقر
 قال الاتقاني لان اسم الدراهم يتناولها أي يتناول الزئوف قال في التناوي الصغرى ولو أرسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زئوف قال الفقيه
 أبو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فن المشايخ من قال هو على الاختلاف ومنهم من قال ههنا يصدق اجماعا لان الجودته تجب على بعض
 الوجوه دون البعض فلا يجب مع الاحتمال الى هنا انظر التناوي الصغرى والذي قال على الاختلاف هو الكرخي كذا ذكره شيخنا في
 شرح الجامع الصغير فن هذا عرفت قوله في المتن وقيل لا يصدق أي لا يصدق على مذهب أبي حنيفة وصل أم فصل وعندهما يصدق اذا
 وصل لانه بيان تغيير فيصح شرط الوصول وعند أبي حنيفة لا يصدق لان رجوع عما أقر به وذلك لان الاقرار الصادر منه مطلقا ينصرف
 الى العقود كالقرض وعن المبيع لانها هي المشروعة والحكم في القرض والمبيع ههنا عنده ولا ينصرف الى الغصب حتى يجهل مصداقا
 في دعوى الغصب لانه حرام فلا يجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن ولا يقال يمكن أن ينصرف اقراره الى الوديعة فيصدق في دعوى
 الزيادة كما في الغصب لانا نقول قوله على ألف درهم ينفي الوديعة لانها ليست في الذمة اه ما قاله الاتقاني رحمه الله (قوله وعليه الفتوى)
 عزاه الاتقاني الى شرح الجامع الصغير لتاخيرنا في مكرره اه (قوله كالوديعة) فكان القول قوله فيما غصب
 سواء وصل أو فصل اه اتقاني

(قوله فكان القول قوله) أي القول قول المقر له مع عينه اه (قوله إلا أن ينكل الخصم) أي إلا أن ينكل المقر له عن اليمين فيمنع من الإقرار على المقر اه (قوله وهذا بخلاف ما إذا قال) أي المقر له (قوله له) أي المقر اه (قوله حيث يكون القول قول المقر) أي وكذا في البيع مكان القرض يكون القول قول المقر مع عينه بخلاف اه من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله وقال المقر له بل أخذته بيعة) في الخلاصة أخذت منك هذا الثوب عارية وقال صاحبه بل أخذته بيعة فالحق قول المقر وهو هذا إذا لم يلبسه أما إذا لبس وهلك يضمن اه (قوله لا يضمن المقر) قال الاتقاني لأنه ما أقر بالفعل من نفسه حيث أضاف الفعل إلى المقر له فلم يكن مقر بسبب الضمان إلا أن ينكل عن اليمين فيمنع من الإقرار كذا قال الامام الزاهد العتاي في شرح الجامع الصغير أما إذا لم يذ كر المقر لفظ الإخذ وقال أودعني ألف درهم أو قال دفعت إلى ألف درهم فضاغت وقال الطالب غصبتني وأنت ضامن فالحق قول المقر مع عينه ولا ضمان عليه لأنه لم يقرب بسبب الضمان ذكره خواهر زاده في مبسوطه في باب الإقرار بالوديعة اه (٣١) (قوله كالأقرار بالإخذ) يعني لو قال المقر قبضت منك ألف درهم وديعة فقال

المقر له غصبتني كان ضامنا كما إذا قال أخذتها وديعة اه اتقاني (قوله قلنا قد يبيكون هو) أي الدفع والاعطاء اه (قوله بالخفية والوضع بين يديه) أي بدون قبضه فلا يكون مقرا بالقبض اه اتقاني (قوله فلا تقبل دعواه) أي دعواه الأيداع لا بجهة اه اتقاني (قوله فوجب عليه رد العين) أي على المأخوذ منه اه (قوله في المتن فردته) فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب لي اه اتقاني (قوله وعلى هذا الخلاف الإقرار بالاعارة) أي بان قال أعرت دابتي هذه فلانا فركبها وردتها أو قال أعرت ثوبي هذا فلانا فلبسه وردته اه (قوله أو الاسكان) بان قال

أقر بسبب الضمان وهو الإخذ لان أخذ المال الغير بسبب لوجوب الضمان لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تؤدنه ادعى ما يوجب البراءة وهو الإذن بالإخذ والآخرين كونه فكان القول قوله مع عينه ووجب الضمان على المقر بأقراره بسبب الضمان إلا أن ينكل الخصم عن اليمين وهذا بخلاف ما إذا قال له بل أخذتها قرضا حيث يكون القول قول المقر لان ما تصادق على أن الإخذ حصل بآذنه والإخذ بآذن المالك لا يكون سببا لوجوب الضمان على الإخذ إلا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعي عليه العقد وذلك لا ينكر فكان القول قول المنكر وعلى هذا إذا أقر بأخذ الثوب وديعة وقال المقر له بل أخذته بيعة كان القول قول المقر لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو قال أعطيتها وديعة وقال غصبتني) أي لو قال المقر أعطيتني ألف درهم وديعة فهلك وقال المالك لأبل غصبتني لا يضمن المقر لأنه لم يقرب بسبب الضمان بل أقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه بسبب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر والإقرار بالقبض كالأقرار بالإخذ فيوجب الضمان والإقرار بالدفع كالأقرار بالاعطاء فلا يوجب الضمان فان قيل اعطائه والدفع لا يكون إلا بقبضه فوجب أن يكون إقرارا بالقبض قلنا قد يكون هو بالخفية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمتقضى لا عوم له لأنه ثابت ضرورة فيقتدر بقدر الضرورة فلا يظهر في حق انعقاد سبب الضمان لأنه عدم في حق غيره قال رحمه الله (وان قال هذا كان وديعة لي عندك فأخذته فقال هو لي أخذه) لان المقر أقر باليد له ثم بالإخذ منه وهو سبب الضمان على ما بينا وادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه رد العين ان كان قائما والا فقيمه وكذا لو قال أقرضتك ألف درهم ثم أخذتها منك يجب على المقر دفعها إليه لما ذكرنا قال رحمه الله (وان قال آجرت بهيري أو ثوبي هذا فلانا فركبه أو لبسه فردته فالحق للمقر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله القول قول من أخذ منه البعير والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الإقرار بالاعارة أو الاسكان ثم أخذه منهم ووجه القياس أنه أقر باليد له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل إقراره دون دعواه فيجب عليه الرد كما في فصل الوديعة والقرض على ما مر ووجه الاستحسان أن اليد في الإجارة والاعارة ثبتت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فلا يكون إقرارا

أسكنت فلانا بيتي هذا ثم آخرجته فادعى الساكن أنه له فالحق لصاحب البيت عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الساكن بهد ما يخلف أنه ما أسكنه اه اتقاني (قوله وجه القياس أنه) أي المقر اه (قوله أقر باليد له) أي المقر له (قوله فيجب عليه الرد) أي على المقر اه (قوله وجه الاستحسان أن اليد في الإجارة والاعارة ثبتت الخ) قال الاتقاني واستحسن أبو حنيفة الفرق بين مسألة الوديعة حيث جعل فيها القول قول المقر له وبين مسألة الإجارة والاعارة حيث جعل القول قول المقر وذ كر القبي الفرق بينهما فقال ان في مسألة الوديعة قال أخذتها منه فوجب جرائده وجزاء الإخذ الرد وفي مسألة الإجارة والاعارة قال فردتها على فافترا لا افتراقهما في الوضع قالوا في شرح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشئ لأنه ذكر الإخذ في كتاب الإقرار وكذلك ذكر عن أبي يوسف ومحمد فقال يأخذها الذي أقر أنه أخذها منه ولأنه أقر له باليد مع ذلك وانما الفرق من وجهين أحدهما أن الشارع أحسن في إطلاق العواري والأجارات رفقا بالناس وقضاء لحوائجهم مع أن المنافع معدومة وكل قياس يرجع إلى نقض هذا الاستحسان فهو باطل مثل قياس من علم بعدم المنافع لإبطال هذه العقود وإذا كان إطلاق العواري والأجارات لرافق الناس فلم يقبل قول المقر بعد ذلك لامتنع الناس عن العارية والإجارة

وذهب مرافق الناس لأن الانسان اذا عرف أنه اذا أعار أو أقر ثم رده عليه يصير القول قول المستعير والمستأجر امتنع عن الاجارة والاعارة خوفا من ذهاب ماله فاذا كان كذلك جعل القول قول المقر حتى لا تختل حوائج الناس فهذا الوجه من وجهه الى الاجماع والوجه الثاني وهو الوجه الفقهي أن اليد في العارية والاجارة ليست بمقصودة بل هي ضرورية تثبت ضرورة الانتفاع بالعين فلا تظهر فيما وراء الانتفاع فلا يظهر اذن اقراره باليد لغیره ثم دعواه لنفسه فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم مدعي النفس بخلاف الوديعة لأن اليد في الوديعة مقصودة لأن المقصود هو الحفظ ولا يكون الحفظ بدون اليد فاذا كانت اليد مقصودة في الوديعة كان اقرارا بأن العين كانت في يده والاقرار باليد اقرار بالملك وجه الوجه علل الشيخ أبو منصور السائر يدي في شرح الجامع الصغير حيث قال اليد في الوديعة مقصودة دون الاعارة اه (قوله لانه ذكر الاخذ في الطرف الآخر) أي وهي الاجارة والاسكان والاعارة اه (قوله وعزاه الى الاسرار) لم يعزه الى الاسرار وإنما عزاه الى المبسوط والايضاح اه (قوله وقال فلان الثوب ثوبي) أعرتكه اه اتقاني وكذلك الثوب يسلم الى الصباغ على هذا الخلاف وان قال رب الثوب خاط لي قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يرد الثوب على الخياط في قولهم لانه لم يعترف للخياط باليد بخلاف أن يكون خاطه في منزله اه اتقاني (٢٢٢) (قوله والوجه ما بيناه) أي في الوديعة وهو قوله ان المقر أقر باليد فلان ثم ادعى الاستحقاق

باليد لهما مقصودا فلا يظهر في حق الاستحقاق على المقر بخلاف الوديعة والقرض لأن اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرارا لهما باليد ولأن المقر في الاجارة والاعارة أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفية ما ولم يقر بذلك في مسألة الوديعة والقرض فانه قال كان وديعة وقد يكون من غير صنعه بأن يهب فيه الهواء ويلقيه في داره حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في الوديعة ونحوها وعدم ذكر الاخذ في الاجارة ونحوها خلافا لما اتوهمه على القبي فانه جعل مدار الفرق ذلك وهذا لا يستقيم لانه ذكر الاخذ في الطرف الآخر أيضا في الاقرار و ذكر في النهاية أعمال الاختلاف بينهم اذ لم تكن الدابة معروفة للمقر ولو كانت معروفة له كان القول قوله بالاجماع وعزاه الى الاسرار ولو قال هذا الثوب خاطه لي بنصف درهم فلان ثم قبضته منه وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح والوجه ما بيناه خلافا لما اتوهمه به مضهم فانهم قالوا القول قول المقر بالاجماع وليس بشيء ولو قال اقتضيت من فلان ألف درهم الخ قال في الهداية وهو هذا الخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله قال الاتقاني أي قول المقر له أي هذا الذي ذكرنا في الاعارة والاجارة والاسكان بان القول

عليه فوجب عليه الرد كما في الوديعة الخ اه (قوله وليس بشيء) وفي الشاية وذلك ليس بصحيح لانه ليس بثابت في الاصول اه وقال الكاكي ولكن مشايخنا قالوا هو على الاختلاف أيضا اليه أشير في المبسوط اه (قوله ولو قال اقتضيت من فلان ألف درهم الخ) قال في الهداية وهو هذا الخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله قال الاتقاني أي قول المقر له أي هذا الذي ذكرنا في الاعارة والاجارة والاسكان بان القول

قول المقر عند أبي حنيفة خلاف ما اذا قال اقتضيت أو قال أقرضت وأخذت حيث يكون القول قول المقر له قال بجرد وجه الفرق ان الدين يقتضي بالمثل فاذا أقر باقتضاء الدين وأخذ القرض كان مقرا بأخذ مثل حقه والمثل ملك المقر له في الاصل فيكون مقرا به فيرد على المقر له أما في صورة الاعارة والاجارة والاسكان فالمقبوض عين ما ادعى فيه هذه الاشياء فلا يكون مقرا بالملك للمقر له قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي في باب بعد باب الاقرار بالجناية واذا أقر الرجل أنه اقتضى من فلان ألف درهم فقال فلان ما كان لك على شيء ولكنك أخذته مني ظلما فان المقر يؤخذ بردها عليه بعد أن يحلف أنه لم يكن عليه لانه أقر بأخذ مال الغير ومطلق الاخذ بسبب وجوب الضمان وقد ادعى جهة مانعة من التمكن فلا يصحق الابحجة وكذلك لو ادعاه هبة أو صدقة أو وديعة لانه ادعى جهة مانعة من الضمان فلا يصحق أو قال قبضتها أو كالة من فلان كانت له عليك أو وهبتها له فاصرني فقبضتها ودفعتها اليه كان ضمنا لئلا لانه أقر بالقبض ولم تثبت الجهة التي ادعاهها اه (قوله لامتنعوا منهما) أي لان الانسان اذا عرف أنه اذا أعار شيئا أو أقره ثم رده عليه يصير القول قول المستعير والمستأجر امتنع الناس عن الاجارة والاعارة خوفا من ذهاب ماله فاذا كان كذلك جعل القول قول المقر حتى لا تختل حوائج الناس اه اتقاني (قوله لا بل استعنت بك) أي على الزراعة أو البناء أو الغرس اه اتقاني

(قوله وقد عجز عن رد الوديعة بقوله) أي وهو اقراره بالاول اه (قوله واقراره) (٢٢) الذي بخط الشارح والاقرار اه

باب اقرار المريض

آخر اقرار المريض إيمان المرض عارض والاصل عدم العارض أولان في اقرار المريض اختلاف في بعض الصور كما سيأتي بيانه واقرار الصحيح ليس فيه اختلاف فكان أقوى وبالتقديم أولى اه اتفاقاً وأقر اقرار المريض بباب لكثرة أحكامه اه (قوله في المتن دين الصحة وما لزمه في مرضه الخ) قال الاتفاق عند قوله في الهداية وإذا أقر الرجل في مرضه موته يدين وعليه ديون في صحته ودينون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف بالأسباب مقدم اه وهذا لفظ القديري في مختصره وتعامه فيه فإذا قضيت وفضل شيء كان فيما أقر به حالة المرض وهذه الجملة تشتمل على معان ثم قال ومنها أن دين الصحة يقدم على دين المرض عندنا حتى لو أقر من عليه دين في صحته في مرضه لا يجزيه دين أو عين من مضمونة أو أمانة بأن قال مضاربة أو وديعة أو غصب يقدم دين الصحة ولا يصح اقراره في حق غرماء الصحة فان فضل شيء من التركة فينتد بصرفه إلى غرماء المرض اه (قوله) وانما يستويان اذا كان الخ قال في المبسوط اذا

عجز دفعه منه وذلك ممكن من غير ثبوت يده فيه بأن يفعله وهو في يده صاحبه بل جرت العادة بذلك فلا يقبل دعواه فصار كما إذا قال خاطي هذا القميص فلان بدرهم ولم يقل قبضته منه فإنه لم يكن اقراره باليد لتصوره له في يد المقر وفي بيته بخلاف ما إذا أقر له بالسكنى في داره لان السكنى لا تكون الا باليد فيكون الاقرار له به اقراره باليد ولو أقر أن هذا الدين أو هذا السمن أو هذا الجبن من بقره فلان أو هذا الصوف من غنمه أو هذا التمر من نخله وادعى فلان أنه له أمر بالدفع اليه لان الاقرار بذلك الشيء اقرار بعينه وولده منه لانه عاك على الاصل قال رحمه الله (ولو قال هذا الف وديعة فلان لابل وديعة فلان فالالف لا دل وعلى المقر مثله الثاني) لانه لما أقر به لا دل صح اقراره له وصار ملكه لثبوت يده وقوله بعد ذلك لابل وديعة فلان اضرب عنه ورجوع فلا يقبل قوله في حق الاول ويجب عليه ضمان مثله الثاني لانه أقر له بها وقد أتلف عليه باقراره بالاول فيضمن له لانه متعدد باقراره لا دل في حقه بخلاف ما إذا قال هي لفان لابل لفان حيث لا يجب عليه الثاني لانه لم يقر بالايديع منه وإنما أقر به لا دل ثم رجع وشهد به الثاني فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل وفي مسألة الكتاب أقر بالايديع من الثاني وقد عجز عن رد الوديعة بقوله فصار مستهلكاً لها فيضمن وعلى هذا لو كان الف غير معين بأن قال لفان على ألف لابل لفان يلزمه لكل واحد منهم ألف لان رجوعه عن الاول لا يصح واقراره الثاني صحيح فيلزمه لهما ولو كان المقر له واحداً بأن قال لفان على ألف درهم لابل ألفان يلزمه أكثرهما استحساناً وهو الاثان والقياس أن يجب عليه المالان وهو ثلاثة آلاف وهو قول زفر رحمه الله لان كلمة لابل رجوع عن الاول واستدراكه غلط بالثاني والرجوع عن الاول لا يصح واقراره بالمالين صحيح فلزمه فصار كما إذا اختلف المقر له ما على ما بينا أو اختلف جنس المالين بأن قال لفان على ألف درهم لابل ألف دينار فإنه يلزمه المالان بالاجماع لما قلنا فكذا هذا وجه الاستحسان أنهم ما اقراران لانه لا عاك الرجوع عن الاول لكنه عند اتحاد الجنس والمقر له أمكن جعله تكراراً كما إذا أقر له مرتين بأن قال لفان على ألف درهم ثم قال له على ألفان لذلك الرجل بعينه فإنه يجب عليه ألفان فكذا هذا ولا يمكن ذلك عند اختلاف الجنس أو اختلاف المقر له لانه عند اختلاف الجنس يستحيل جعله تكراراً وعند اختلاف المقر له يكون رجوعاً عن الاول والاقرار به الثاني فرجوعه لا يصح واقراره صحيح ولو كان ذلك في الوصف بأن قال على ألف درهم جواد لابل زبوف أو ألف زبوف لابل جواد لزمه الجواد استحساناً لانه استدراك الغلط في الصفة فلزمه أفضل الصفتين كما يلزمه في الاستدراك في الغلط في المقدار أكثر المالين في الجنس المنهولان الاراد اخل في الوجود كما أن الأقل داخل في الأكثر ولو قال غصبت فلاناً مائة درهم ومائة دينار وكرخطة لابل فلاناً لزمه لكل واحد منهما ما كاله لانه أقر بالغصب منهما وهو فعل منه ولو كانت بعينهما فهي لا دل وعليه الثاني مثلاً ولو قال غصبت من فلان ألف درهم وفلاناً مائة دينار وفلاناً كرخطة لابل فلاناً فإنه يقرم للاربع ما أقر به الثالث لانه استدراك رجوع عن الاخير فصح اقراره لا رجوعه والله أعلم

باب اقرار المريض

قال رحمه الله (دين الصحة وما لزمه في مرضه بسبب معروف يقدم على ما أقر به في مرضه موته) وقال الشافعي رحمه الله دين الصحة ودين المرض يستويان لانهم ما استويا في سبب الوجوب وهو الاقرار وفي عمله وهو الذمة اذهى محل الوجوب في حالة الصحة والمرضى فيستويان في الوجوب وصحته بصوره عن عقل ودين لانهم ما يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب وهذا المعنى لا يختلف في الصحة والمرضى بل في حالة المرض يزاد رجحان جهة الصدق لان المرض سبب التورع والاثابة فاذا استويا في سبب الوجوب والمحل استويا في الاستيفاء ولهذا يستويان اذا كان وجوبه بسبب معروف كالشراء بعمل القيمة وكالتزويج

استقرض ما لا في مرضه وعان الشهود ودفع المقرض المال إلى المستقرض أو اشترى شيئاً ألف درهم وعان الشهود قبض المبيع أو تزوج امرأته بمثلها أو استأجر شيئاً بعينة الشهود فان هذه الديون تكون متساوية الدين الصحة وذلك لانها وجبت بأسباب معاوية لا هي ذلها

ولانه بالقرض والشراء لم يفوت على غرماء الصحة شيئا لانه يزني في التركة مقداره الدين الذي يتعلق بها ومتى لم يتعرض لحقوقهم لم يبال بطلان نفذه مطلقا (قوله ولهذا منع) جواب عما قال الشافعي باستواء الحاصلين يعني لو كان كذلك ينبغي أن لا يمنع من التبرع بالزيادة على الثلث كما في حالة الصحة فيما لم تستغرق الديون جميع ماله ولم يكن عليه دين وفي حق الثلث يمنع أيضا إذا استغرق الدين جميع ماله اه
 كافي (فرع) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسدي يجابى في شرح الكافي ولو مرض وفي يده ألف درهم لأماله غير ما وليس عليه دين الصحة فأقر بدين ألف درهم ثم أقر بان الالف التي في يده وديعة لفلان أو مضاربة ثم أقر بدين ألف درهم ثم مات قسمت الالف بينهم أثلاثا لانه لما أقر بالدين أو لا فقد تعلق حق الغرماء بالالف التي في يده فإذا أقر بأنهم وديعة فقد أقر بوديعة مستهلكة لانه لا يمكن التسليم الى المقر له فيكون اقرار بالدين معنى والسكل في حالة المرض فاستوت الديون في التعلق ولو قال صاحب الدين الاول لا حق لي قبل الميت أو قد أبرأته من ديني كانت الالف (٣٤) بين صاحب الوديعة والغريم الآخر نصفين لان البراءة وجدت بعد تعلق الكل فلا

تغير الحكم ولا يبطل حق الآخر ببراءة الاول ولو لم يبرئه الاول ولكنه أكذبه في اقرار ورده كانت الالف كلها للمقر له بالوديعة لانه بالا كذاب تبين أنه لا حق له ولا تعلق فيكون اقرار بالوديعة بهينها سابقا على اقرار بالدين فيسبقة في التعلق لما بنا كذا في شرح الكافي اه اتقاني (قوله كما كاه ومليسه الخ) فان قيل لو تزوج وهو شيخ كبير لا يولد له عادة أو المرأة آيسة أو كان لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء وجوارى ينبغي أن لا يشارك لان هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية قلنا النكاح في أصل الوضع من الحوائج والمبرة لا أصل لها لمعارض وهذه العوارض مما لا يوقف عليها ليعتق الامر عليها اليه

عهر المثل ولنا أن اقرار غير معتبر اذا كان فيه ابطال حق الغير ألا ترى أنه اذا رهن عينا أو أجره ليس له أن يتصرف فيه لم يفسد من ابطال حق الغير وهنا أيضا في اقراره ذلك لان حق أصحاب الديون تعلق بماله استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدّر بالثلث بخلاف ما اذا كان سببها معروفا كالنكاح المشاهد وغيره مما ليس من التبرعات كالبيع المشاهد والاتلاف المشاهد لانه لا تهمه فيه وانما التهمة في اقراره والبيع لا يبطل حقهم أيضا لان حقهم في المالية وهي باقية وفي النكاح ان كان يبطل لكن حقه فيه من الحوائج الاصلية كما كاه ومليسه ومسكنه وعن الأدوية وأجرة الطبيب ونحو ذلك فيقدم على حق الغرماء بخلاف حالة الصحة حيث ينفذ في حق الغرماء اقراره لان حقهم في ذمته ولم يتعلق بماله ولهذا لم يمنع من التبرعات مطلقا قدرته على الاكتساب وحالة المرض حالة عجز فمنع حتى لو أقر بعين في يده لا يخولايصح في حق غرماء الصحة والمرض بأسباب معلومة ولا يجوز للرئيس أن يقضى دين بعض الغرماء دون بعض لان فيه ابطال حق الباقيين الا اذا قضى ما يستقرض في مرضه أو نقد من ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبيعة لانه لم يبطل حقهم وانما حوله من محل أخرجه عن ملكه الى محل حصله فصار كما لو رجع ما استقرضه الى المقرض أو رد المبيع بعيب وهذا لان أخرجه عن ملكه بما يعادله من العوض لا يمسد اخرجا بخلاف ما اذا تزوج امرأة وأعطاه المهر حيث يكون لهم أن يشاركوا المرأة فيها قبضت وكذا اذا استأجر عينا أو في أجرها فانهم يشاركونه لانه أخرجه عن ملكه ما تعلق به حقهم من غير عوض يقوم مقامه في تعلق حقهم به لان المنافع لا يتعلق حقهم بها فصار كأنه قضى حق بعض الغرماء ولهم فيه أن يشاركوه فكذا هنا فان قيل يصح اقراره بوارث آخر وفيه ابطال حق غيره من الورثة لا سيما اذا كان المقر له يحجب غيره فوجب أن يجوز اقراره بالدين وان كان فيه ابطال حق غيره من الغرماء بالمزاجاة أيضا بل أولى لانه أدنى من الحجب قلنا ان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت بهما والاستحقاق يضاف الى آخرهما او جودا فيضاف الى الموت ولهذا الوشهاد بالنسب قبل الموت ثم مات المشهود عليه وورث المشهود له منه المال ثم رجعهم لم يضمنا شيئا لانه ورث بالموت فأما الدين فلا يجب بالموت بل بالاقرار فيمنع من ذلك في حقهم ودين المرض اذا كان سببه غير معروف لا يمنع صحة الاقرار لان أحوال المرض كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر فيستوى فيها السابق واللاحق كما ان أحوال الصحة كلها بمنزلة

تغير الحكم ولا يبطل حق الآخر ببراءة الاول ولو لم يبرئه الاول ولكنه أكذبه في اقرار ورده كانت الالف كلها للمقر له بالوديعة لانه بالا كذاب تبين أنه لا حق له ولا تعلق فيكون اقرار بالوديعة بهينها سابقا على اقرار بالدين فيسبقة في التعلق لما بنا كذا في شرح الكافي اه اتقاني (قوله كما كاه ومليسه الخ) فان قيل لو تزوج وهو شيخ كبير لا يولد له عادة أو المرأة آيسة أو كان لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء وجوارى ينبغي أن لا يشارك لان هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية قلنا النكاح في أصل الوضع من الحوائج والمبرة لا أصل لها لمعارض وهذه العوارض مما لا يوقف عليها ليعتق الامر عليها اليه

أشهر في الاسرار اه (قوله بخلاف حالة الصحة الخ) جواب عن سؤال مقدرو هو أن يقال ينبغي أن لا يصح اقراره في الصحة بالدين اذا كان عليه دين لما أن الدين تعلق بماله فقال لم يتعلق في حال الصحة بالمال للقدرة على الاكتساب فيتحقق التميز فلم تقع الحاجة الى تعليق حق الغرماء بماله وهذه أي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب فنعين ما في يده حتى الغرماء اه كافي (قوله ولا يجوز للرئيس أن يقضى دين بعض الغرماء دون بعض) يعني اذا قضى المريض بعض الديون من ديون الصحة والديون المعروفة الاسباب يرتد ذلك ويجعل بين الغرماء بالخصص الا اذا قضى القرض أو أدى عن المبيع فيكون المقرض والبائع أحق بذلك فليس لغرماء الصحة وغيرهم شيء من ذلك اه اتقاني (قوله بمنزلة حالة واحدة) جواب سؤال وهو أنه ينبغي اذا أقر في حالة المرض ثانيا أن لا يصح له تعلق حتى المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بماله اه كافي

(قوله وهو ما روى عن ابن عمر الخ) قال في الهداية لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته قال الاتفاقية فيه نظرا لأنه روى في مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عن عمر وكذلك روى في الأصل حدث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله العزمي عن نافع عن ابن عمر أنه قال إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بحاله اهـ وكتب ما نصه قال الاتفاقية ولكنهم استحسنوا جواز إقراره في الجميع ما روى عن ابن عمر (٣٥) رضي الله عنهم ما أنه قال إذا أقر الرجل

في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط بحاله ولا يعرف له مخالف فحل الجماع ولأنه غير متهم في حق الأجنبي فينفذ إقراره في الجميع كالصحيح بخلاف إقراره لو ارث حيث لا يصح لأنهم لم يجاوز إيمانه على باقي الورثة اهـ (فرعان) مريض عليه دين يحيط بحاله فأقر المريض بقبض وديعة أو عارية أو مضاربة كانت له عند وارثه صح إقراره لأن الوارث لو ادعى رد الأمانة إلى وارثه المريض وكذب الوارث يقبل قول الوارث مريض عليه دين يحيط بحاله وله على رجل دين الصحة فأقر المريض باستيفاء ذلك الدين من مديونه صح إقراره اهـ قاضيان (قوله فيقدم على حق الغرماء) صوابه على حق الورثة فتأمل اهـ (قوله في المتن) وإن أقر المريض لو ارثه بطل (ذكر في الجامع الكبير) إذا أقر الرجل لاهرأته بدين المهر يصح إقراره إلى مهر مثلها وإن كان هذا إقرار الوارث لأن هذا دين لانهم فيه فلا يمنع صحة

بمنزلة حالة واحدة في حق الإطلاق بخلاف حالة الصحة مع حالة المرض لأنهم ماختلفا في صفة من الإطلاق والجوهر فيقدم دين الإطلاق على ما أقر به في حالة الحجر كالعمد المأذون له إذا حجر عليه ثم أقر بما في يده يقبل إقراره به ويقدم فيه دينه في حالة الأذن لما ذكرنا فكذا هذا فإذا صح إقراره نفذ من جميع المال والقياس أن لا ينفذ إلا من الثلث لأن الشرع قصر تصرفه على الثلث وعلق حق الورثة بالثلثين فكذا إقراره لكن ترك بالآثر وهو ما روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهم ما أنه قال إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته والأثر في مثله كالحجر لأنه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحصل على أنه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية لأن فيه تفريق ذمته ورفع الحائل بينه وبين الجنة فيقدم على حق الغرماء كسائر حوائجه على ما بينا لأن شرط تعلق حقهم الفراغ عن حقه ولهذا يقدم كفته عليهم قال رحمه الله (وأخر الأثر عنه) أي عن الديون التي أقر بها في حالة المرض ما بينا أنفاً قال رحمه الله (وإن أقر المريض لو ارثه بطل إلا أن يصدق ببقية الورثة) وقال الشافعي رحمه الله يجوز إقراره له بناء على أصله أنه لا يحجر عليه فيما فيه فكذلك رقيقته ما فيه من إظهار حق ثابت عليه وجانب الصدق راجع فيه فصار كإقراره لأجنبي ووارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث وهي معروفة بأن أودعها على رؤس الأشهاد ولما قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين وقول ابن عمر رضي الله تعالى عنهم ما إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بحاله وإن أقر لو ارثه فغير جائز إلا أن يصدق الورثة ولأن فيه إيماء بغير الورثة بحاله بعدما تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من إبطال حق البقية كالوصية له وإنما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يمكن من إبطال حقهم بالأقرار لورثته كما لا يمكن بالوصية لهم وهو القياس في الأقرار للأجنبي إلا أن تركه لأنه لو لم يقبل إقراره لامتنع الناس عن معاملته حذرًا من إلقاء أموالهم فيستد عليه طريق التجارة والمداينة فيخرج حرجًا عظيمًا فلا يحجر عليه في حقه حاجته إلى المعاملة كما لا يحجر عليه في حقه من التبرع إلى الثلث لحاجته إلى التقرب إلى الله تعالى فيه بخلاف الوارث لأن المعاملة معه نادرة إذ يمكن التحرز عنه من غير حرج فلا يؤدي إلى سلبها بالها والإقرار بالنسب من حوائج الأصلية لأنه يحتاج إلى بقاء نسبه وحاجته مقدمة على حق الورثة ولأن الإقرار بالنسب ليس فيه إبطال حقهم قصدًا وإنما يطل حقهم بالموت بشرط أن يتحدد دينهما وفي الأقرار يطل في الحال بإقراره قصدًا فافتراقا ولا تهمته في الأقرار بالوديعة المستهلكة على الصفة التي ذكرناها فيقبل إقراره لأن رده كان للثمة فانتفى الحكم بانتهائها ألا ترى أن الوارث كذبناه فبات وجب الضمان من ماله لأنه مات مجهولًا وعليه بينة فلا فائدة في تكذيبه حتى لو كانت الوديعة غير معروفة لا يقبل إقراره باستهلاكها إلا أن يصدق بقيمة الورثة لأن الحجر كان لحقهم فإذا صدقوه فقد أقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم وكذلك لو كان له دين على وارثه فأقر بقبضه لا يصح إلا أن يصدق بقيمة البقية قال رحمه الله (وإن أقر لأجنبي صح وإن أحاط بحاله) والقياس أن لا يصح أصلاً كافي حق الوارث أو بما زاد على الثلث كتبرعائه وقد ذكرنا جوابه وهو وجه الاستحسان قال رحمه الله (وإن أقر لأجنبي ثم أقر ببنوته ثبت نسبه وبطل إقراره وإن أقر لأجنبي ثم أنكحها صح بخلاف الهبة والوصية) حيث لا يصحان لها أيضا

(٤ - زيلعي خامس) الإقرار الوارث اهـ تمة (قوله إلا أن يصدق الخ) وتصدق ببقية الورثة هنا صحيح وإن كان في حياة المقر بخلاف الوصية لو ارث والوصية بما زاد على الثلث فلا عبرة بتصديق الوارث فيهما في حياة الموصي اهـ كذا ذكره العماد في الفصل الثاني والثلاثين في كتاب العتاق من أحكام الرضى اهـ (قوله فصار كإقراره) أي له حالة الصحة وإقراره اهـ اتفاق (قوله ولما قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث) قال الاتفاقية ولما حديث الدارقطني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لوارث ولا إقرار له بدين اهـ

(قوله ثم وجد له ولد) أي وبقي الولد إلى أن مات المورث اه اتقاني (قوله وان كان وارثا فيهما الخ) قال الاتقاني وان كان يوم أقر وارثه بموالاته أو زوجية ويوم مات وارثه وقد خرج فيما بين ذلك من أن يكون وارثه بينونة أو فسخ للموالاته فالأقرار باطل في قول أبي يوسف الأول وهو جائز في قوله الأخير وهو قول محمد وهو بقول العبرة بحالة الأقرار وحالة الموت لان حالة الأقرار حالة انعقاد السبب وحالة الموت حالة ثبوت الحكم وفيما بين ذلك لا عبرة به لانه لا يتعلق بالحكم به ومحمد يقول بأن الأقرار وجده في حال كونه أجنبيا والأقرار للأجنبي صحيح (١) قوله حال نفاذه هو وارث قلنا نعم (٢٦) ولكن بسبب جديد فلا يكون الارث مضافا إلى السبب السابق لان الثاني غير الأول

كما لا يصح للوارث وقال زفر رحمه الله يبطل الأقرار لها أيضا لانها وارثه عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبرة في الباب فصار كما اذا وهبها أو وصى لها وهي أجنبية ثم تزوجها فانها لا تجوز وهو المراد بقوله في المختصر بخلاف الهبة والوصية ولما أن النسب يستند إلى حالة العاقد فيقيد بأن البنوة كانت حالة الأقرار فلا تجوز ولا كذلك الزوجية فانما حادثه فتكون مقتصرة على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره كان باطلا لعدم الزوجية في تلك الحالة بخلاف ما اذا وهبها شيئا أو وصى لها بشيء ثم تزوجها حيث تبطل الهبة والوصية اه لان الوصية عليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ فلا يصح والهبة في المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث على ما يأتي بيانه في الوصية ان شاء الله تعالى فصارت كالوصية فخالصه أن الوصية لا تعتبر الا عند الموت على كل حال وأما الأقرار فلا يخول ما أن يكون المقر له وارثا وقت الأقرار دون الموت أو كان وارثا فيهما ما ولم يكن وارثا فيما بينهما ما ولم يكن وارثا وقت الأقرار وصار وارثا وقت الموت فان كان وارثا وقت الأقرار دون وقت الموت بأن أقر لأخيه مثلا ثم ولد له ولد يصح الأقرار لعدم كونه وارثا وقت الموت وان كان وارثا فيما بينهما ما بأن أقر لامرأته ثم أباها وانقضت عدتها ثم تزوجها أو والى رجلها فأقره ثم فسخ الموالاته ثم عقد لها ثانيا لا يجوز الأقرار عند أبي يوسف رحمه الله لان المقرم ثم في الطلاق وفسخ الموالاته وعند محمد رحمه الله يجوز لان شرط امتناع الأقرار أن يبقى وارثا إلى الموت بذلك السبب ولم يبق ولانه لما صار أجنبيا نشأ الأقرار كما لو أنشأ في ذلك الوقت ألا ترى أنه لو لم يعتقد ثانيا كان جائزا فكذلك اذا عقد وان لم يكن وارثا وقت الأقرار ثم صار وارثا وقت الموت ينظر فان صار وارثا بسبب كان قائما وقت الأقرار بأن أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبل الاب لا يصح اقراره وان صار وارثا بسبب جديد كالنكاح وعقد الموالاته جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان الأقرار حصل للوارث وقت الموت فصار كما اذا صار وارثا بالنسب ولما أن الأقرار حين صدر حصل للأجنبي لا للوارث فنفسد ولم يبق فلا يبطل بخلاف الهبة لانها وصية ولهذا اعتبر من الثلث فتعتبر وقت الموت بخلاف ما اذا صار وارثا بالنسب بأن أقر مسلم مريض لأخيه الكافر ثم أسلم قبل موته أو كان محجوبا بالابن ثم مات الابن حيث لا يجوز الأقرار له لان سبب الارث كان قائما وقت الأقرار ولو أقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجوز اقراره عند أبي يوسف أولا لان اقراره حصل للوارث ابتداء وانتهاء وقال آخر يجوز وهو قول محمد لانه بالموت قبل موت المريض خرج من أن يكون وارثا وكذلك لو أقر لأجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المقر له ان اقراره كان للأجنبي فيتم به ثم لا يبطل بعونه وكذلك لو أقر المريض بعد لأجنبي وقال الأجنبي هو فلان وارث المريض يصح اقراره لما ذكرنا ولو أقر الأجنبي أنه حر الاصل أو كان أعتقه عتق ولا شيء عليه قال رحمه الله (ولو أقر لمن طلقها ثلاثا في أي في المرض) قلها الاقل من الارث والدين) هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغام باغ ولا يصح الأقرار لها لانها وارثة اذ هو فاروق بيناه في طلاق المريض بخلاف ما اذا طلقها بسؤالها فانها لا يرث لكن لما أقر لها بالدين بقيا

وصار كما لو أقر لأجنبي ثم تزوجها أليس أنه لا يبطل اقراره كذلك ههنا اه وقد علم منه أن قول الشارح لا يجوز الأقرار عند أبي يوسف هو قول أبي يوسف الأول الذي رجع عنه اه (قوله لا يجوز الأقرار عند أبي يوسف) قد رجع أبو يوسف عن هذا ووافق محمد كما يعلم ذلك من الحاشية التي قبل هذه اه وقد ذكر في المبسوط وفتاوى قاضيخان الخلاف بين أبي يوسف ومحمد كما ذكره الشارح من غير ذكر رجوع أبي يوسف إلى قول محمد اه (قوله لا يصح اقراره) أي لانه لو نفذ في حالة كونه وارثا فيصير اقرارا للوارث فلا يجوز اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا صار وارثا بالنسب) قال في وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصراني أو عبيد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالأقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما

وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثانی الحال وليس هذا كالذي أقر لامرأة ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن قائما وقت الأقرار وذكر في الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير خلاف زفر في الأقرار لابنه وهو نصراني أو عبيد فقال ان الأقرار صحيح عند زفر لانه وقت الأقرار لم يكن وارثا اه اتقاني رحمه الله (قوله كان قائما وقت الأقرار) الا أنه امتنع عملها المانع فاذا زال المانع عمل السبب من ذلك الوقت وههنا بخلافه اه اتقاني (قوله وكذلك) أي الحكم والخلاف السابق اه

(١) قول المحشي قوله حال نفاذه الخ هكذا في الاصل ولعل في العبارة تحريف فاقسط الشرر اه

(قوله رد القصد ههنا) أي ولا تهم في الأقل هذا إذا كان موته قبل انقضاء العدة فإن مات بعد مجازا قراره فإذا أقرها بدين المهر فقد قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسيجي في شرح الكافي ولو أقر لها من مهرها صدق فيها بينه وبين مهر مثلها وتخصص غرما العدة به لأنه أقر بما ملك انشاءه فأنه دمت التهمة ولو أقرت المرأة في مهرها بقبض المهر من زوجها المصدق لأنها أقرت بدين الزوج لأن القبض يوجب مثل القبول في الذمة ثم يلتقيان قصاصا والقرار بالدين للوارث لا يصح وقال في الفتاوى الصغرى المربضة إذا أقرت باسقيفاء مهرها فإن ماتت وهي منكوبة أو معدة لا يصح إقرارها وإن ماتت غير منكوبة ولا معدة بأن طلقها قبل الدخول يصح ونقله عن إقرار الجامع اه اتقاني (قوله وشرط) أي المصنف ثلاثة شروط الأول اه (بها) (قوله أن لا يكون له نسب معروف) أي

لان معروف النسب لا يصح دعوى نسبه لانه اذا ثبت من أحد لا يقبل الفسخ بعد ذلك اه اتقاني (قوله شارك الورثة) أي ولا يصح الرجوع بعد ذلك اه اختيار (قوله في المتن وصح إقراره بالولد والوالدين) في النهاية ما ذكرهنا من صحة إقرار المقر بالأتم حيث قال بالوالدين موافق لرواية التحفة ورواية شرح فرائض السراجي لمصنفه ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع وغيرها اه معراج (قوله في المتن والزوج) أي إذا صدقته وكانت خالصة من الزوج وعدته ولم يكن تحت المقر أخها أو أربع سواها وأراد بالمولى مولى العتاقة سواء أراد المعتق أو المعتق فإن الإقرار لكل واحد منهما صحيح إذا صدقه المقر ولا ولأوه ثابتا من غيره اه (قوله في المتن والمولى) أطلق المولى ليشمل الأعلى

متمين فيه لان الزوجين قد يتفقان على الطلاق لينفتح باب الإقرار لها فتعطى أقلهما رد القصد ههنا وعلى هذا إذا أوصى لها تعطى الأقل من ميراثها منه ومن الوصية لمساذا كذا وقد ذكرنا المسئلة بشعبها في الطلاق قال رحمه الله (وان أقر بسلام مجهول يولد له) أي مثل المقر (أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه ولو وصيها وشارك الورثة) لان النسب من الطوائج الأصلية وهو أيضا إقرار على نفسه على ما بيناه وليس فيه ضرر على غيره قصدا فيصح وقد ذكرناه في الدعوى والعتاق وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه اذا كان له نسب معروف لا يمكن ثبوته منه ولا حاجة الى اثباته لاستغنائه به عنه وشرط أن يولد مثله ككلامه لا يكتبه الظاهر وشرط أن يصدق الغلام لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه اذا كان غير وال كلام فيه بخلاف ما اذا كان لا يعبر عن نفسه حيث لا يعتبر تصديقه لانه في يد غيره وقد ذكرناه من قبل فاذا صح إقراره شارك الورثة في الميراث لانه من ضرورات ثبوت النسب قال رحمه الله (وصح إقراره) أي إقرار الرجل (بالولد والوالدين) لانه إقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير وشرطه ما بيناه في الابن قال رحمه الله (والزوجة والمولى) لان موجب إقراره يثبت بينهما بتصادقهما من غير اضطرار بأحد فينفذ قال رحمه الله (واقرارها) أي يصح إقرار المرأة (بالوالدين والزوج والمولى) لان الأصل ان إقرار الانسان على نفسه حجة لا على غيره وبالإقرار به ولا يثبت فيه الا إقراره بنفسه فيقبل قال رحمه الله (وبالولد ان شهدت قابلية أو صدقها الزوج) أي يقبل إقرار المرأة به كذا الشرط لان قول القابلة حجة في تعيين الولد والنسب يثبت بالفراس لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراس والزوج هو صاحب الحق فاذا صدقها فقد أقر به فليزعمها بالقراره هذا اذا كانت ذات زوج أو معدة وادعت أن الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها أما اذا لم يكن لها زوج ولا هي معدة أو كان لها وادعت أن الولد من غيره صح إقرارها لان فيه الزام على نفسها دون غيرها فينفذ عليها فصار كما اذا ادعى هو الولد فانه لو ادعى أنه ولده من امرأته لا يصدق في حقها الا بتصديقها قال رحمه الله (ولا بد من تصديق هؤلاء) يعني تصديق المقر في جميع ما تقدم ذكره لان إقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلامهم في يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه أو عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الإقرار ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه قال رحمه الله (وصح التصديق بعد موت المقر الاتصديق الزوج بعد موتها) يعني اذا أقر بنسب أو نكاح ثم مات المقر فصدقته المقر له بعد موته صح تصديقه الا اذا أقرت المرأة بالزوج فصدقها بعد موتها فانه لا يصح أما الأول فلان النسب يبقى بعد الموت وكذا إقرار الزوج بالزوجة فصدقته بعد موته لان حكم النكاح باق في حقها وهو العدة فانهم آمن آثار النكاح ولهذا جاز لها غسله ميتا كما في حالة الحياة وأما الثانية وهي ما اذا أقرت المرأة بالزوج فصدقته بعد موتها فالمدكورهما

والاسفل جميعا ولهذا قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسيجي في شرح الكافي ويجوز إقرار الرجل بالولد والوالدين والزوج والمولى من فوق ومن تحت إذا صدقه الآخر لان الحكم لا يعدو عما فيكون إقرارا على أنفسهم ما يقبل ولا يجوز إقراره بغيرهن لاء الأربع ويجوز إقرار المرأة بالولد والزوج والمولى ولا يجوز بغير هؤلاء الا في حق هؤلاء إقرار على نفسها وفيما عداه إقرار على الغير ولا يجوز إقرار المرأة بالولد وان صدقها أولئك هما إقراران ان لم يكن لهما وارث معروف لانه اعتبار إقرارها في حقها ولا يقضى بالنسب لانه لا يثبت بدون الحجة وهو شهادة القابلة فان شهدت لها امرأته على ذلك وقد صدقها الولد ثبت نسبه منها وكذلك ان لم تشهد لها امرأته وقد صدقها زوجها فيه ثبت النسب منهم لان النسب يثبت بتصادقهما لانه لا يهدى الى غيرهما كذا في شرح الكافي اه اتقاني

(قوله لانه وصية من وجهه) قال في (٣٨) الهداية لكنه بمنزلة قال الاتقاني استدراله من قوله وليست هذه وصية

حقيقة أي اكن الاقرار بنسب الاخ والم من منزلة الايصاء بالمال ولهذا اقر في مرضه به وصدة المقر له ثم أنكر المقر النسب ثم أوصى لا يخرج بجميع ماله كان المال الموصى له بالجميع ولو لم يوص لأحد كان المال لميت المال لان رجوعه لما صح بطل الاقرار أصلا وينبغي لك أن تعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك أما اذا ثبت النسب لا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقص بعد ثبوته ولهذا ينافي آخر كتاب الدعوى في قوله واذا كان الصبي في يد رجل قال هو ابن عمي الغائب ثم قال هو اخي لم يكن ابنه أبدا لان النسب اذا ثبت لا ينتقض بالخود والتكذيب اه وكتب مانصه قال الاتقاني وليس هذا بوصية في الحقيقة بدليل أنهم قالوا فمن أقر بأخ ولا وارث له ثم أوصى لرجل بجميع ماله أن الموصى له الثلث والباقي للاخ ولو كان الاخ يستحق الوصية وجب قسمة الثلث بينهم فظهر بهذا أنهم جمعوا الوصية في حكم الموصى له بمعنى أنه يستحق المال بقول المريض وليس هنالك نسب ثابت يستند الاستحقاق اليه اه

قول أبي حنيفة وعندهما يجوز تصديقه بعد موته لان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب والمنتهي متقرر فيصح تصديقهها وهذا لان النكاح يبق بعد موته في حق الارث والاقرار قائم لان التكذيب من الزوج لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما فثبت منه ما اذا الثابت بتصادقهما كالثابت عيانا ولهذا اقرنا اقامة البينة بعد موته على النكاح تقبل ولولا أن النكاح قائم في حق الارث لما قبلت فكذا بتصادقهما ما يعمل فيه أيضا كالبينة ولا يبي حنيفة رجه الله أن النكاح قد انقطع بالموت ولم يبق له أثر وأما الارث فسكنم يثبت بعد الموت والنكاح انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت وأما المستقبل فالنكاح معدوم فيه فلو صححنا الاقرار والنكاح معدوم صححناه لاثبات الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا في شيء هو معدوم في الحال من كل وجه فلا يجوز بخلاف جانبها لانه أمكن جعل النكاح باقيا بقاء أثره وهو العدة على ما مر فان قيل اذا أقر رجل لرجل بعد وفات العبد وترك كسبا كتسبه به هذا الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث في مسئلة استثناء الكسب فوجب أن يصح تصديقه في حقه قلنا الكسب يقع ملكا للمالك الرقبة من ابتداء لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما بماله فيصير الاقرار بالعبد اقرارا له بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد وأما الارث فانما يثبت بعد موته على سبيل الخلافه عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار لان المستحق علم بالنكاح بفوت موتها فيبقى تصديقه بعد ذلك دعوى ارث مبتدأة فلا يصح وهذا لان ما أقرت به هي نكاح وما ادعاه هو بعد موته ارث فلا يكون تصديقه بها أقرب به بل هو دعوى مبتدأة فلا تقبل دعواه بلا حجة بخلاف ما اذا أقام البينة فانها حجة ملزمة فيثبت بها مدعاه قال رحمه الله (وان أقر بنسب نحو الاخ والم لم يثبت) يعني اذا أقر بنسب على غيره لم يثبت من ذلك الغير لعدم ولايته عليه وذلك مثل الاخ والم فانه اقرار على الاب والجد بأنه ابنه وكذا اذا أقر بالجد أو بابن الابن فانه لا يصح فان فيه جعل النسب على الغير فلا يجوز بدون اقامة البينة الا في حق نفسه حتى تلزمه الاحكام من النفقة والحصانة والارث اذا تصادقا على ذلك لان اقرارهما حجة عليهم ما قال رحمه الله (فان لم يكن له وارث غيره قريب أو بعيد ورثه وان كان لا) أي ان كان لأقرب وارث لا يرث المقر له لان النسب لم يثبت باقراره فلا يستحق الميراث مع وارث معروف قريبا كان ذلك الوارث كذوى الارحام أو بعيدا كولي الموالاة وان لم يكن له وارث غيره ورثه لان اقراره حجة في حق نفسه فيقبل عند عدم الاضرار بغيره وهذا لانه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في النسب مقر على غيره فيرد وفي استحقاق ماله مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم لان له ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث يضعه حيث شاء حتى كان له أن يوصي بجميع ماله فكذلك أن يجعل له هذا المقر له لانه وصية من وجه حتى كان للمقر أن يرجع عن الاقرار لان نفسه لم يثبت فلا يلزمه كالوصية ارث من وجه حتى لو أوصى لغيره بأكثر من الثلث لا ينفذ الا بإجازة المقر له مادام المقر مصر على اقراره كأنه وارث حقيقة قال رحمه الله (ومن مات أبوه فأقر بأخ شركه في الارث ولم يثبت نسبه) لما ذكرنا أن اقراره مقبول في حق نفسه غير مقبول في حق غيره نظيره مشترى العبد اذا أقر على البائع انه أعتقه قبل البيع لم يقبل قوله في حق البائع حتى لا يرجع عليه بأثمن ويقبل في حق نفسه حتى يهتق العبد فاذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا عندنا وعند مالك وابن أبي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذب أخوه المعروف في نفسه أعطى المقر نصف ما في يده وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فنقد اقراره في حصته وبطل ما كان في حصته أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه بطل اقراره فيه لما ذكرنا ونحن نقول ان في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالمالك فيكون الباقي بينهم بالسوية ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده وعندهما تأخذ خمسة ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن

(قوله في المتن فلا شيء للمقر وللاخر خمسون) وذلك لان المائة صارت ميراثا بينهم فلو اقر أحدهما بأربعة مائة صح ذلك في نصيبه خاصة
 لا في نصيب أخيه فثبتت حصته الآخر كما كانت فيجعل كأن المقر استوفى نصيبه ولان الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون لان الديون
 تقضى بأموالها فيجب للمطوب على الدائيل بقبض الطالب مثل ما وجب الطالب على المطوب فيلزم قبضان فصار ما يسقط ما على المطوب
 فاذا كذبه أخوه في الاقرار لم ينفذ الاقرار على المنكر فينفذ في حق المقر خاصة فيسقط نصيب المقر وأورد الفقيه أبو الليث السمرقندي في
 شرح الجامع الصغير سؤالاً وجواباً فقال فان قيل يزعم هذا المقر أن أباه قد قبض الخمسين والخمسون الباقية بينهما نصفان فلم يطل حقه في
 الكل قيل له لو أخذ من تلك الخمسين شيئاً أدى ذلك الى الدور والتناقض لانه لو أخذ منه كان (٣٩) للابن الآخر أن يأخذ من المطوب

تمام الخمسين لان الابن
 المنكر يقول لم يأخذ أبي من
 الدين شيئاً ولي تمام خمسين
 فله أن يرجع على الغريم
 بتمام خمسين ثم للغريم أن
 يرجع على الابن المقر بما
 أخذ من أخيه واذا كان
 يؤدي الى هذا ليس له أن
 يشارك فيما قبض المنكر من
 الخمسين اه اتقاني (قوله
 لانه لو رجع المقر على أخيه)
 أي وأخذ منه نصف الخمسين
 التي قبضها من الغريم اه
 (قوله بما بقي من الدين) أقول
 كان ينبغي أن يقول بتمام
 الخمسين اذ لا حق للاخ المنكر
 فيما زاد على الخمسين حتى
 يكون له المطالبة به اه

كتاب الصلح

قدمت وجه مناسبة الصلح
 والاقرار بالدعوى في أول
 الاقرار اه (قوله في المتن
 هو عقد يرفع النزاع) ركنه
 الإيجاب والقبول وشرطه
 أن يكون البذل المصالح
 عليه ما لا معارضا ان احتج

و بنت يسم نصيب المقرين الخماسا وعندهما ارباعا والنحر يخرج ظاهر ولو اقر باهرأه انما زوجة أبيه
 أخذت ثمن ما في يده ولو اقر بجدة هي أم الميت أخذت سدس ما في يده فعامل فيما في يده كما عامل لو ثبت
 ما أقر به وقال في الايضاح لو اقر أحد الابنين المعروفين بزوجته للميت أخذت تسبي ما في يده لان في زعم
 المقر ان التركة بينهم على ستة عشر سهم مال الزوجية سهمان ولكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه أكثر من
 حقه في زعمه ما صار ذلك كالهالك فتمسك به بقدر حقه وهو سهمان ويضرب الابن بقدر حقه وهو
 سبعة فيحصل له سهمان من تسعة وله سبعة وعلى قول مالك وابن أبي ليلى له ثمن ما في يده لان اقراره انما
 يصح بسهم واحد يعني من ستة عشر وله سبعة أسهم قال رحمه الله (وان تولد ابنتين وله على آخر مائة
 فأقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شيء للمقر وللاخر خمسون) لان الاقرار باستيفاء الدين اقرار
 بالدين على الميت لان المقبوض غير الدين فيكون مضمونا على القابض ديناً في ذمته ثم يتقاسمان فاذا كذبه
 أخوه لا يصدق عليه فينفذ في حقه خاصة فوجب على الميت خمسون درهما على زعمه والدين متقدم على
 الميراث فاستغرق نصيبه فلا يأخذ منه شيئاً كما اذا أقر عليه دين آخر وكذبه أخوه وليس له أن يشاركه أخاه
 في الخمسين وان تصادقا على أنه مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على أخيه لم يرجع أخوه على الغريم بما بقي
 من الدين على زعمه ثم يرجع الغريم على المقر بما زاد على الخمسين مما أخذ من أخيه المكذب لان الوارث
 لا يأخذ شيئاً الا بعد قضاء الدين فيؤدي الى الدور وعلى مذهب ابن أبي ليلى ان المقر يحصل له نصف الخمسين
 لانه يصرف الاقرار الى الكل شائعاً لانه أقر على نفسه وعلى أخيه فأقراره في حقه مقبول فيصح وفي حق
 أخيه لا يقبل فلا يصح ولو اقر أن أباه قبض كل الدين والمسئلة بحالها كان جوابه كالأولى الا أنه هنا يخلف
 المنكر لحق المدين بالله ما يعلم أنه قبض الدين فان نكل برئت ذمته وان حلف دفع اليه نصيبه بخلاف
 المسئلة الاولى حيث لا يخلف لحق الغريم لان حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة الى تخلفه وهناك
 يحصل له الا النصف فيخلفه ولزول الميت في هذه الصورة مائة أخرى غير الدين والمسئلة بحالها فاقسمها
 رجوع المكذب على الغريم بنصيبه من المائة الدين لما قلنا وللغريم أن يخلفه لما بينا فان نكل برئت ذمته
 وان حلف أخذ نصيبه وهو خمسون درهما من الغريم ثم يرجع الغريم بذلك على المقر يأخذ منه من
 نصيبه من التركة لانه لما أقر بقبض أبيه المائة فقد أقر عليه بالدين والدين متقدم على الميراث على الوجه
 الذي بيناه والله أعلم بالصواب

كتاب الصلح

قال رحمه الله (هو عقد يرفع النزاع) هذا في الشرع وفي اللغة هو اسم معنى المصالحة وهو المسالة بخلاف
 الى قبضه والا لا يشترط معلوميته فان من ادعى حقاً في دار وادعى المدعى عليه قبله حتماً في حاقوته فتصالحا على أن يترك كل واحد منهما ما
 ادعاه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد منهما ما ادعاه حقه لان جهالة الساقط لا تنفي الى المنازعة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى
 المدعى وجوازه ثبت بقوله تعالى والصلح خير عرف بالانف واللام فيقتضي أن يكون كل صلح خيراً وكل خير مشروع اه سيد وقال الكاكي
 وشرط الصلح كون المصالح عنه يجوز الاعتراض عنه كالتصالح بخلاف ما اذا كان حقا لا يجوز الاعتراض عنه كفي الشفعة والكفالة
 بالنفس فلا يجوز الصلح عنه وكون بدل الصلح ما لا معارضا ان احتج الى قبضه والا لا يشترط معلوميته فان من ادعى حقاً في دار وادعى المدعى
 عليه حتماً في حاقوته فتصالحا على أن يترك كل واحد منهما ما ادعاه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد حقه لان جهالة الساقط لا تنفي
 الى المنازعة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى اه (قوله وهو المسالة) أي بعد المحاربة اه اتقاني

(قوله وأصله من الصلاح) أي وهو استقامة الحال اه اتقاني (قوله قالوا معناه جنس الصلح) قال الاتقاني فان قلت لا يصح التسليم بالآية لانه انما يصح اذا كان المراد بالالف واللام الجنس لا العهد وقد وجد دليل العهد لانه تعالى قال وان امرأته خافت من بعلها نشوزا أو أعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما وما صلتحا والصلح خير أي ذلك الصلح وأثن سلطنا أن المراد به الجنس فلا يجوز أيضا صرفه الى الكل لان ما ينطبق عليه اسم الصلح لا يجوز ولهذا لم يجوز الصلح بعد اليقين وصلح المودع لا يجوز أيضا اذا ادعى على آخره فلا يجوز الصلح وكذا اذا ادعى على امرأة نكاحا فانكرت فصاحت على مال لا يجوز فاذا لم يمكن صرفه الى الكل وجب حمله على الادنى لتيقنه وهو الصلح عن اقرار قلت التعلق بالآية صحيح لدخول الالف واللام وهي مطلقة لا فصل فيها وحمله على العهد ضعيف لان الله تعالى أمر بالصلح وعلى بكونه خيرا وهو المفهوم من لسان العرب وكأنه قال صلحا فان الصلح خير يعني جنس الصلح خير كما يقال صلح والصلاة خير أي جنس الصلاة خير غاية ما في الباب انه انصرف الى الصلح المذكور أولا ولا يمكنه وصفه تعالى بكونه خيرا لانه صلح فكل ما يكون صلحا يكون خيرا وأيضا قد يكون ذلك الصلح عن انكار أيضا لان نشوز الزوج والأعراض قد يكون عن انكار حقيقة ما فيكون ذلك صلحا على الانكار ومع ذلك يجوز وقوله سم لا يصح كنه صرفه الى الجنس كله فالجواب عنه نقول ليس ذلك من باب ما لا يمكن العمل بالاطلاق بل في بعض المواضع ترك العمل بالاطلاق بدليل التقييد ووجوده (هـ ٣) في بعض المواضع لا يدل على وجوده في كل المواضع فلا يمنع ذلك العمل بالاطلاق فيما

الخاصة وأصله من الصلاح وهو ضد الفساد ومعناه دال على حسنه الذاتي وكم من فساد انقلب به الى الصلاح بحسنه ولهذا أمر الله تعالى به عند حصول الفساد والفتن بقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحا بينهما وما صلحا وقال تعالى وان امرأته خافت من بعلها نشوزا أو أعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما وما صلحا والصلح خير قالوا معناه جنس الصلح خير ولا يعود الى الصلح المذكور لانه خرج مخرج التعليل والعللة لا تتقيد بمحل الحكم فيعلم بهذا أن جميع أنواعه حسن لان فيه اطفاء للنائرة بين الناس ورفع المنازعات الموبقات عنهم وهي ضد المصالحة وهي منهي عنها بقوله تعالى ولا تنازعوا في ترك الصلح ذلك لان طلب جميع ما يستحقه ربما يؤدي الى الانكار لاسيما عند الاعسار وفيه فساد عظيم بهذا الانكار فان المدعى اذا أقام البينة تكثير العداوة وتجهيز الفتن بين المدعى والمدعى عليه والشهود والقاضي والى هذا أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ردوا الخصوم كي يصطلحوا وقال أبو منصور الماتريدي رحمه الله لا يعمل الشيطان في ايقاع العداوة والبغضاء في بني آدم مثل ما يعمل من ابطال الصلح على الانكار وهذا صحيح لان في منع هذا الصلح فتح باب المنازعات واثارة النائرات بين الناس واقامة الفتن والمكائد ألا ترى الى ما هي ان فتنة وقعت في قبيلة بسبب مهمة غلام فهاجت بينهم حتى قتل منهم أربعون ألفا فامتدت الحرب بينهم الى أن وقع الصلح فانطفأت النائرة ولان العقود انما شرعت للحاجة والحاجة اليه أمس لدفع الشر فكان أولى به قال رحمه الله (وهو جائز باقرار وسكوت وانكار) لاطلاق ما اتفقا وما روي ما بينا من المهني ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

وراء دليل التقييد وقد تأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم الصلح جائز بين المسلمين اه ما قاله الاتقاني (فرع) قال في الفتاوى الصغرى قال شيخ الاسلام خواهرزاده الصلح مع المودع على أربعة أوجه الاول اذا ادعى صاحب المال الايداع وجمد المودع والثاني اذا ادعى صاحب المال الايداع والاستهلاك والمودع أقر بالايداع وسكت ولم يدع الرد أو الهلاك وفي هذين الوجهين الصلح جائز عندهم والثالث اذا قال المودع

هلكمت أو رددت وصاحب المال ساكت أو قال لا أدري فاصطلحا لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ويجوز في قول محمد رحمه الله والرابع اذا قال المودع ضاعت أو رددت وقال المالك لا بل استهلكمت فاصطلحا لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد يجوز قال استاذنا في الدين وهكذا ذكر في المستقى أيضا قال شيخ الاسلام خواهرزاده والفتوى على قول أبي حنيفة وعامة المشايخ لم يفرقوا بين ما اذا قال المالك استهلكمتا وقال المودع ضاعت أو رددت أو قال المودع ضاعت أو رددت وقال المودع استهلكمتا وذكر والخلاف فيهما جميعا وقال القاضي الامام على السعدي اذا قال المودع أولا استهلكمتا وقال المودع ضاعت أو رددت يجوز الصلح في قولهم الى هنا نظ الفتاوى الصغرى اه اتقاني (قوله في المتن وهو جائز باقرار) قال علماء الدين العالم في طريقة الخلاف والمراد بجواز الصلح اعتباره في اثبات ملك المدعى في بدل الصلح وانقطاع حق الاسترداد للمدعى عليه وبطلان حق الدعوى في أصل المدعى والكلام المعروف في هذه المسئلة أن هذا بذل المال بطريق المعاوضة في جانب المدعى لقيام أمارته بثبوت الحق في حقه وبذل المال لدفع الخصومة وصيانة النفس في حق المدعى عليه اه اتقاني (قوله في المتن وسكوت) أي وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر اه ووجه حصر الصلح في الثلاثة قال الاتقاني أن المدعى عليه لا يخلو اما أن يجب له دعوى المدعى أولا والثاني هو السكوت والاول لا يخلو اما أن يكون بالقرار أو الانكار ولا ثالث لهما فانحصر على الثلاثة لا محالة اه (قوله كل صلح جائز الى آخر الحديث) رواه الترمذي من طريق أبي هريرة وقال هذا حديث حسن صحيح اه

(قوله لعن الله الشيء إلى آخر الحديث) روى في السير الكبير عن أبي عيسى (٣٩) المسعودي عن الفقيه بن عبد الرحمن بن عبد

وقال الشافعي لا يجوز مع الانكار والسكون لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البذل كان حلالا للدافع
حراما على الاخذ فبالصلح ينهكس الامر فيكون حراما على الدافع حلالا على الاخذ أو نقول ان المدعي
ان كان محقا كان اخذ المدعي حلالا له قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وان كان مبطلا ففسد كان اخذ
المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح وحل له بالصلح فصار صلتها حل حراما لان المدعي عليه
يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة فاذا كان التملك رشوة كان التملك قبول الرشوة اذ لا يملك
الامن الجهة التي ملك فيكون المدعي عليه دافعا للظلم والمدعي اخذا لترك الظلم قلنا ليس هذا بمراد
النبي صلى الله عليه وسلم لان ذلك موجود في الصلح مع الاقرار ايضا لان الصلح يقع عادة على ما دون حقه فما
زاد على المأخوذ الى تمام حقه كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وكان حراما على المدعي
عليه منعه قبل الصلح وحل له ذلك بعد ولو كان المراد هذا المعنى لم يصح مطلقا بل البيع أيضا يكون حراما
بهذا الاعتبار لان كل واحد من المتبايعين ماله كان حلالا له قبل البيع ويحرم عليه بالبيع وكذا سائر
العقود المشروعة فيؤدي هذا الى تحريم أسباب الملك بأسرها وانما مراده عليه الصلاة والسلام ان
يستباح بالصلح ما ليس بمباح شرعا أو يحرم ما ليس بحرام وذلك مثل أن يصالح على الخمر والخنزير أو تصالح
احدى الضرتين زوجهما على أن لا يظا الأخرى أو أمته فتحرم عليه على زعمهم بالصلح وهذا ظاهر لانه
عليه الصلاة والسلام ذكر الحرام والحلال مطلقا والمطلق منهما ينصرف الى الكامل وذلك بأن يكون
حراما أو حلالا لعينه وقوله رشوة وعلمك قبول الرشوة الى آخره لا ينسب لمبل هو في زعم المدعي هو عين حقه
أو بدله فهو حلال له أخذه وأكله وفي حق المدعي عليه لا فداء المين ودفع الشرع عن نفسه وهو أيضا
حلال له لان المال لم يخلق الا لذلك ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله ان أجوز ما يكون من الصلح الصلح على
الانكار لان معنى الصلح فيه يتحقق على التمام وهو قطع المنازعة والخصومة والفساد الذي يتولد منها
وأما مع الاقرار فلا يؤخذ فيه معنى الصلح على التمام اذ ليس فيه منازعة حتى يحتاج فيه الى الصلح بل هو
استيفاء لبعض حقه واسقاط للباقى ان اخذ بعض حقه من جنسه وان اخذ من خلافه فهو بيع عن
طوع منه واختيار ولو قلنا انه رشوة فلهي جائزة للدافع لدفع الظلم عن نفسه وما جاء فيه من الذم من قوله
عليه الصلاة والسلام لعن الله الراشي والمرتشى المراد به اذا كان هو الظالم فيدفعها الى بعض الظلمة
من ولاه الامور يستعين به على الظلم بالرشوة وأما دفع الضرر عن نفسه فلا شبهة فيه حتى روى عن أبي
يوسف رحمه الله أنه أجاز ذلك لاوصى من مال اليتيم أيضا لدفع الضرر عن اليتيم ألا ترى أن الضرر عليه
السلام خرق السفينة كيلا يأخذها الظالم وما كان مراده بذلك الا اصلاح والله يعلم المصلح من المفسد
وقوله اذ لا يملكه الا من الجهة التي ملك قلنا لا نسلم اتحاد جهة التملك والتملك بل قد تختلف الجهة بينهما
كأن أقر بعقوبة غيره ثم اشتراه فانه بيع في حق الباقي حتى يجبر المشتري على الثمن فداء في حق المشتري
اذ لا يبيع بينهما على زعمه وقبله كل واحد من الجماعة في التحري ما أدى اليه اجتهاده والخلفعين في حقه
معاوضة في حقهها وكذا الفسخ بالاقالة فانه بيع في حق ثالث فسخ في حق المتعاقدين قال رحمه الله (فان
وقع عن مال بمل باقرارا اعتبر بيعا) لان معنى البيع قد وجد في نفسه وهو مبادلة المال بالمال عن تراض
فتجوز فيه أحكام البيوع وهذا لأن الأصل في الصلح أن يحمل على أشبه العقود له فتجوز عليه أحكامه
لان العبرة للعسائي دون الصور ولهذا جعلت الهبة بشرط العوض بيعا والكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة والحوالة بشرط أن لا يبرأ الاصيل كذالة ثم اذا وقع عن مال بمل ينظر فان وقع على خلاف جنس
المدعي فهو بيع وشراء كذا كرهنا وان وقع على جنسه فان كان بأقل من المدعي فهو حط وبراء وان كان
بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان بأكثر منه فهو فضل وربما قال رحمه الله (فتثبت فيه الشفعة والرذ

الله بن مسعود عن عبد الله
ابن مسعود أنه كان بالخبيشة
فرشاد يمارين قال محمد فهذا
لا بأس به وليس هذا ببيعت
الأعلى من أكسه فأما من
أعطاه لمنه فله فلا بأس بذلك
وكذلك في دار الاسلام أيضا
ان رشا انسانا بخاف ظله
وحده فلا بأس بذلك للراشي
ويكره ذلك للمرتشى قال محمد
بلغنا عن الشعبي جابر بن
زيد أنه قال ما وجدنا في زمن
الحجاج أو زياد أو ابن زياد شيئا
خيرا لنا من الرشا قال محمد
فهذا لا بأس به للعطى لانه
يدفع عن نفسه الظلمة
وانما يكره ذلك لا لخصه
هنا لفظ كتاب السير الكبير
اه اتقاني (قوله حتى روى
عن أبي يوسف) روى أبو الليث
وبدئني اه معراج (قوله
كيلا يأخذها الظالم) أجاز
التعيب في أموال يتساحى
مخافة أخذ المتغلب كذا
في أحكام الصغار وفي المحيط
لورشا دفع خوف على نفسه
أوماله أو خوفه على نسائه أو
أعطى ماله لشاعر لا بأس به
اه معراج (قوله والله يعلم
المصلح من المفسد) كذا بخط
الشارح لم يرد الشارح التلاوة
ولذا قدم المصلح اه (قوله
ما أدى اليه اجتهاده) أي
جهة كل واحد منهم قبله
في حقه ولا تكون قبله في
حق من توجهه الى غيرها
اه (قوله في المتن قد ثبت به
الشفعة) أي اذا كان عقارا اه

(قوله ولهذا إذا كان البديل غير مقدور التسليم) أي كما إذا صالح على عبد آبق اه (قوله في المتن فيشترط التوقيف) حتى لو صالحه على سكنى دار إلى الأبد أو حتى يموت لا يجوز اه كأي قال الاتقاني فإذا اعتبر بالاجارة كان التوقيف من شرطه حتى لو وقع الصلح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز وان وقع الصلح أبداً أو إلى أن يموت لا يجوز وكذا ان وقع الصلح على زراعة أرض سنين معلومة جاز وإذا لم تكن المدة معلومة فلا يبطل الصلح يموت أحد المتعاقدين أيضاً كما في الاجارة ويرجع المدعى في دعواه بقدر ما لم يستوف من المنفعة اه (فرع) قال الامام الاسيحي في شرح الطحاوي الاصل أن الصلح على معلوم عن معلوم أو عن مجهول على معلوم جائز والصلح على شيء مجهول عن معلوم أو عن مجهول لا يجوز الا أن يكون ما وقع عليه الصلح يستغنى عن القبض والتسليم فجهااته لا تبطل عقد الصلح كما إذا ادعى كل واحد منهما حقاً مجهولاً فاصطالحا جميعاً على التنازل جاز الصلح لان الجهالة لا تبطل العقود لعينها وانما تبطل العقود لعين فيها وهو لو وقع المنازعة فان كان مما يستغنى عن قبضه ولا تقع المنازعة في ثانی الحال جاز وان كان مما يحتاج إلى قبضه وتقع المنازعة في ثانی الحال عند القبض والتسليم لم يجز ثم قال فيه وإذا ادعى رجل عين مال في يد رجل كالعبد والدار والأرض وغيرها فادعى كاد أو بعضه والمدعى عليه مقراً أو جاحداً أو ساكتاً فان الذي وقع عليه الصلح إما أن يكون دراهم أو ديناراً أو كيلياً أو وزنياً أو حيواناً أو ثياباً ولا يخفى أو إما أن يكون معيناً أو موصوفاً غير معين أو وقع الصلح على منفعة أما إذا وقع الصلح على دراهم بعينها فالشرط فيها بيان مقصد ادها ويقع على الجهاد من نقد البلد وان كان (٣٤) في البلد نقد ومختلفة يقع على الغالب منها وان لم يكن لبعض منها على بعض غلبة فلا

يجوز الصلح ما لم يبين نقداً منها مع بيان القدر ويجوز الصلح على حالة ومؤجلة وقبض ما وقع عليه الصلح في المجلس قبل الافتراق ليس بشرط لان الافتراق عن عين يد من غير الصرف والسلم وما لا يبطله النساء لا يبطله العقد هذه اذا كانت الدراهم غير معينة وأما اذا كانت معينة جاز الصلح ولا يحتاج إلى بيان القدر والوصف ولكن لا يتعلق العقد بعينها لان الدراهم والدينار لا يتعينان في عقود المعاملات حتى ان

بالعيب وخيار الرؤية والشرط) لان هذه الاشياء من أحكام البيع فتثبت فيه قال رحمه الله (ويفسد جهالة البديل) أي الذي وقع عليه الصلح (لا جهالة المصالح عنه) لانه يبيع فيفسد بالجهالة المانعة من التسليم والتسلم غير أن المصالح عنه لا يحتاج فيه إلى تسليمه فلا تضره الجهالة والذي وقع عليه الصلح يحتاج إلى تسليمه فتفسده ولهذا اذا كان البديل غير مقدور التسليم يفسد دون المصالح عنه لانه يسقط فلا يحتاج إلى تسليمه فلا يفضي إلى المنازعة وكذا يفسد بجهالة الاجل اذا جعل البديل مؤجلاً قال رحمه الله (وان استحق بعض المصالح عنه أو كله رجوع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض أو بأكمله ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجوع بكل المصالح عنه أو ببعضه) لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فأيهما استحق عليه ما أخذ من رجوع عليه بما دفع ان كلا في الكل وان بعضاً في البعض بحصته لانه حكم المعاوضة قال رحمه الله (وان وقع عن مال بمنفعة اجارة) يعني الصلح باقرار ان وقع عن مال بمنفعة يكون اجارة لما ذكرنا أنه يحمل على أشبهه عقوده اذا لم يرد للمعانى فوجب جعله عليه الوجود معناه فبسه وهو عليك المنافع بعوض قال رحمه الله (فيشترط التوقيف ويبطل يموت أحدهما) لانه اجارة وهذا حكمها على ما عرف في موضعه وانما يشترط التوقيف في الاجير الخاص بأن ادعى شيئاً فوقع الصلح على خدمة العبد أو سكنى سنة وفيما عداها لا يشترط التوقيف كما اذا صالحه على صبغ الثوب أو ركوب الدابة أو حمل الطعام إلى موضع ولومات أحدهما أو محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح

المدعى عليه لو أراد أن يحبسها أو يعطى الرجل مثلها كان له ذلك ولو هلكت في يده قبل التسليم إلى المدعى أو استحققت لم يبطل فيرجع العقد وعليه تسليم مثلها ولو اختلفا في قدرها ووصفها بهد الهلاك فانه ما يتحالفان ويتراذان الفضل كما في البيع اذا اختلفا والسلعة قائمة بعينها وههنا المعقود عليه قائم وهو عين في يد المدعى عليه وكذلك الصلح ان وقع على الدينار فهو كالموقوف على الدراهم في جميع ما وصفه وان صالح من دعواه على كيل كالخنطة والشعير أو على وزني كالخديد والصفران كان معيناً أو أضاف العقد وهو حاضر أو غائب (ا) بعد أن ذلك في ملك المدعى عليه صح الصلح ويقع على ما سمي من الكيل والوزن وان أشار إليه ولم يسم الكيل والوزن جاز ويتعين ذلك فان كان موصوفاً في الذمة فالشرط فيه بيان القدر والوصف وبيان الاجل ليس بشرط ولو بين الاجل جاز ويثبت والاصل أن الكيل والوزن أعيانهم ماسلع وأوصافهم ما غن فاذا عينا تعلق العقد بأعيانهم ما اذا وصفوا لم يتعين اصرح حكمهما حكم الدراهم والدينار ولو صالحه على ثياب ان كانت معينة جاز الصلح والشرط فيه الاشارة لا غير وان كان غير معين فالصلح لا يجوز حتى يأتي بجميع شرائط السلم لان الثياب لا تثبت ديناً في الذمة الا على اعتبار شرائط السلم وان صالح من دعواه على حيوان أو على ما لا يجوز فيه السلم لجهااته فلا يجوز الصلح الا أن يكون معيناً ولو صالح من دعواه على منفعة معلومة فان كان مما يجوز ورود الاجارة عليه صح الصلح وان كان مما لا يجوز ورود الاجارة عليه لم يجز الصلح إلى هنا لفظ الامام الاسيحي في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله ولومات أحدهما أو هلاك) لفظ أو هلاك ليس في خط الشارح اه

(قوله في المتن فدعاء اليمين) لفظ لليمين ليس في خط الشارح اه (قوله في المتن في حق المنكر) أي والساكت قال القدوري والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي عليه لا فتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة اه فيشمل قوله المدعي عليه المنكر والساكت اه (قوله في المتن ومعاوضة في حق المدعي) وذلك لان المدعي يدعي أنه محقق في دعواه والذي أخذه عوض عن حقه والمرء مؤاخذه بزعمه فيجوز في حقه بمعنى المعاوضة والمدعي عليه يزعم أن المدعي مبطل في دعواه والذي يعطيه يدفع الخصومة والسبب والذنب عن نفسه اه اتقاني (قوله في المتن فلا شفعة ان صالحا عن داريهما) قال الاتقاني وجعله القول ما قال الامام الاسيحي في شرح الطحاوي قال واذا ادعى دار في يد رجل صالح معه على مال معلوم فان كان الصلح عن اقرار (مهم) تجب الشفيع فيه الشفعة لان صاحب اليد

فيرجع بالمدعي ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل فيما بقي ويرجع بالمدعي بقدره وهذا كله قول محمد رحمه الله وهو التماس لانه اجارة وهي تبطل بذلك وقال أبو يوسف رحمه الله لا يبطل الصلح بموت المدعي عليه بل المدعي يستوفي المنافع على حاله وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه فيهما ويبطل في ركوب الدابة وليس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطاله بموت أحدهما إعادة المنازعة فيبقى فيما لا يتفاوت الناس فيه مطلقا لانه يمكن الاستيفاء فيه بما يستمرار العاقد أو باقائه وارتبه مقامه وفيما لا يتفاوتون فيه كالسكنى والركوب الدابة ان مات المدعي عليه يبقى لا مكان الاستيفاء بالاستمرار وان مات المدعي يبطل لتعذرا قامة الوارث مقامه فيه لانه يتضرر المالك بذلك وان قتل العبد يبطل الصلح عند محمد رحمه الله مطلقا كالأجارة لانه اجارة على ما بينا وعند أبي يوسف رحمه الله ينظر فان قتل المدعي أو الأجنبي ينضم قيمته ويشتري بقيته عبد افجده ككما اذا قتل العبد الموصى بخدمته ولكن ثبت له الخيار لاحتمال الاختلاف بينهما في الخدمة فالرضا بالاول لا يكون رضا بالثاني وان قتل المدعي عليه بطل بالاجماع لان المولى لا يضمن نفس عبده فصار كما اذا مات حتمت أنفه أو أعتقه المولى بخلاف الموهون حيث يجب على المولى الضمان بالاتلاف والعقوبة لانه فوت الاستيفاء الحاصل بعقد الرهن والتبعض قال رحمه الله (والصلح عن سكوت أو انكار فدعاء اليمين في حق المنكر ومعاوضة في حق المدعي) لما بينا ويجوز أن يكون لشيء واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالتسليم الحبل في التناكح والحرم في أصراهم ما فمؤاخذه كل واحد منهما بما عاير زعم وهذا في الانكار ظاهر لانه يبين بالانكار أن ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والانكار في جهة الانكار رابحة اذا لاصل فراغ الذم فلا يجب عليه بالشك ولا يثبت به كون ما في يده عوضا عما دفع بالشك قال رحمه الله (فلا شفعة ان صالحا عن داريهما موجب لو صالحا على داريهما) أي المنكر والساكت اذا ادعى على كل واحد منهما ما داره فصالح عنهما يدفع شيئا آخر لم تجب في داره الشفعة لانه يدعي أن داره وانه يستقيها على ما كانت له وان المدفوع الى المدعي ليس بعوض عنهما وانما هو لا فتداء اليمين وقطع الخصومة ولو ادعى على كل واحد منهما ما شئ فصالح عنه على دار فدفعها الى المدعي وجبت فيها الشفعة لان المدعي يدعي أنها أخذها عوضا عما ادعى فكان معاوضة على زعمه فتجب فيها الشفعة لان كل انسان يؤاخذه بزعمه حتى لو ادعى عليه دارا فانكر فصالحه عن داره على دار أخرى وجبت الشفعة في التي صالح عليها دون الأخرى لما ذكرنا وانكار الآخر المعاوضة لا يمنع وجوب الشفعة فيه ما لا تری أن رجلا لو قال أنا اشتريت هذه الدار من فلان وفلان ينكر يأخذها الشفيع منه بالشفعة وكذا لو ادعى انباع داره

مقر بان الدار كانت للمدعي وانما صارت له بهذا الصلح فصار بمنزلة الشراء فان كان ما وقع عليه الصلح مثليا أخذها الشفيع من صاحب اليد وان كان غير مثلي أخذها بالقيمة وان كان الصلح عن انكار فلا شفعة للشفيع فيه الا ان من زعم المدعي عليه ان الدار كانت له وانما بذل المال للمدعي لدفع باطل الخصومة لا بدلا للدار ولكن الشفيع يقوم مقام المدعي وله أن يدل بحجته فان أقام البينة على صاحب الدار أن الدار كانت للمدعي أو حلت المدعي عليه فمكل فلا شفعة لانه تبين أن الدار (ا) انما حصلت فصار بمنزلة الشراء وان كان الصلح وقع على أرض بعينها أو على دار بعينها للمدعي عليه وجب للشفيع فيه بالشفعة بقيمة الدار المتروكة سواء كان الصلح عن اقرار أو انكار لان من زعم المدعي أنها أخذها

(هـ - زيل في خامس) بدلا عن الدار المتروكة وأن للشفيع فيها الشفعة فاستوى في المأخوذة معكم الاقرار والانكار ولو صالح من دعواه في الدار على منافع لا على عين مال فلا شفعة في المتروكة سواء كان الصلح عن اقرار أو انكار لان بدل الدار ليس بعين مال ولو اصابها على أن يأخذ المدعي الدار ويعطيه دار أخرى فيجب في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار الأخرى اذا كان الصلح عن انكار لان الصلح اذا كان عن انكار كانت هذه مبادلة دار بدار ولو كان الصلح مثل هذا عن اقرار فلا يصح الصلح ولا تجب الشفعة فيه ما جبهه لان الدارين جميعا ملك للمدعي كذا في شرح الطحاوي اه (قوله لا فتداء اليمين وقطع الخصومة) ولا يصدق عليه المدعي في زعمه أنه أخذ المال عوضا عن حقه من غير بينة اه اتقاني (قوله فكان معاوضة على زعمه) أي فصار كأنه قال اشتريتها منه اه اتقاني

(ا) قول المصنف انما حصلت هكذا في الاصل وفي الكلام سقط واضح مشرور اه كنهه منحه

(قوله في المتن ولو استحق المتنازع فيه) أي في الصلح عن انكار أو سكوت اه (قوله ولأن المدعى عليه لم يدفع العوض إلا بدفع خصومته الخ) قال الكافي وهذا بخلاف ما لو أعطى المدعى شيئاً للمدعى عليه بطريق الصلح ثم استحق الدار فإن المدعى لا يرجع على المدعى عليه بشيء لأن في زعم المدعى أن ما دفع إليه ليس بواجب عليه أني أخذت ملكي فكنت متبرعاً فيما أعطى ولا رجوع فيه بسبب الاستحقاق أو لأن المدعى عليه مضطر في مسألة الكتاب لأنه يدفع لضرورة قطع الخصومة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها أما المدعى ليس بمضطر فيما أعطى لأنه على خبرته في دعواه فكان (ع ٢٢) الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار عند الاستحقاق فلا يرجع بشيء اه (قوله بخلاف

ما إذا وقع الصلح بلفظ البيع) صورته صالح ذواليد المنكر مع المدعى على عبس فقال بعث منك هذا العبد بيده الدار يعني أخرى لفظ البيع في مقام الصلح ثم استحق العبد حيث يرجع المدعى على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى اه
فصل لما ذكر فيها تقديم مشروعية الصلح وأواعه الثلاثة ذكر في هذا الفصل ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز اه اتقاني (قوله في المتن الصلح جائز عن دعوى المال) قال الاتقاني رحمه الله أما جوازه عن دعوى المال فلما روى أن عثمان رضي الله عنه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألف درهم وكان ذلك بحضور العداة من غير تكبير وسجى في فصل التخرج اه (قوله لأنه في معنى البيع) فجاز بيعه جاز الصلح عنه اه (قوله ألا ترى أن الورثة لو صالحوا الخ) قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسدي في شرح الكافي

من فلان وهو ينكر يأخذها الشفيع منه بالشفعة لأن زعمه حجة في حق نفسه قال رحمه الله (ولو استحق المتنازع فيه يرجع المدعى بالخصومة وردّ البديل ولو بعضه فبقدره) يعني لو ادّعى رجل على شخص شيئاً فأنكر ثم صالحه على شيء ثم استحق المدعى كله أو بعضه ردّ المدعى العوض الذي أخذه كله أو بعضه قدر ما استحق على المدعى عليه ويرجع هو بالخصومة مع المستحق لأنه أخذه على زعمه عوضاً عما ادّعى فإذا استحق ذلك يرجع عليه المدعى عليه بناء على زعمه كأنه اشتراه منه ولأن المدعى عليه لم يدفع العوض إلا بدفع خصومته عن نفسه ليسبق المدعى في يده من غير خصومة أحد فإذا استحق لم يحصل له مقصوده وتبين أيضاً أن المدعى لم يكن له خصومة فيرجع عليه فصار نظيره ما إذا أدى المكنول عنه المال إلى الكفيل ليقضى الدين من عنده ويكون له ذلك ثم قضى المكنول عنه الدين يرجع على الكفيل بما أعطاه لأن غرضه لم يحصل له وإنما يرجع المدعى بالخصومة لأن المستحق قام مقام المدعى عليه حين أخذ المدعى منه فيكون له أن يخصمه قال رحمه الله (ولو استحق المصالح عليه أو بعضه يرجع إلى الدعوى في كله أو بعضه) أي استحق الذي وقع عليه الصلح في يد المدعى يرجع المدعى إلى الدعوى في كله إن استحق كل العوض أو في بعضه إن استحق البعض لأن المدعى ما ترك الدعوى إلا لئلا يسلم له البديل فإذا لم يسلم له يرجع بالبديل وهو الدعوى بخلاف ما إذا وقع الصلح بلفظ البيع بأن قال أحدهما باعتك هذا الشيء بهذا وقال الآخر اشتريته حيث يرجع المدعى عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى لأن إقدام المدعى عليه على المباينة إقرار منه بأن المدعى ملك المدعى فلا يثبت انكاره بخلاف الصلح لأنه لم يوجد منه ما يدل على أنه أقرب بالملك له إذا صلح قد يقع لدفع الخصومة قال رحمه الله (وهل البديل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه في الفصلين) أي في فصل الإقرار وفي فصل الانكار والسكوت فإذا كان كاستحقاقه يبطل به الصلح لأن هلاك البديل في البيع يبطل البيع فكذلك هذا وفي فصل الإقرار ظاهر لأنه بيع حقيقة على ما صرحنا في فصل الانكار والسكوت لأنه بيع في حق المدعى فيبطل بهلاكه فلو هلك بعضه يكون كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح في قدره ويبقى الباقي كافي الاستحقاق هذا إذا كان البديل مما يتعين بالتممين وإن كان مما لا يتعين بالتممين كالدرهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لأنهم لا يتعينان في العقود والفسوخ فلا يتعلق العقد بهما عند الإشارة إليهما وإنما يتعلق بمثلهما في الذمة فلا يتصور فيه الهلاك

فصل قال رحمه الله (الصلح جائز عن دعوى المال) لأنه في معنى البيع في حقهما إن وقع بمال عن أقرار أو في حق المدعى وحده إن وقع عن انكار أو سكوت وفي حق الآخر لا فناء الممين وقطع الخصومة أو في معنى الجارة إن وقع عنه بمنافع وكل ذلك جائز على ما بينا قال رحمه الله (والمنفعة) يعني الصلح عن دعوى المنفعة أيضاً جائز ويكون بمعنى الجارة إن وقع عنه بمال أو بمنافع لأن المنافع يجوز أخذ العوض عنها بعدد الجارة فكذلك بعدد الصلح ألا ترى أن الورثة لو صالحوا الموصى له بالخدمة على مال أو

في باب الصلح في الوصايا وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من خدمته منفعة على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبداً آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرافه هو جائز والقياس أن لا يجوز لأن الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تملك المنفعة من أسعد بديل ولهذا لو أجز منهم لا يصح إلا أن تقول بأن هذا ليس بتمليك إياهم بديل بل هو إسقاط حقه الذي وجب له بعدد الوصية بديل ولفظة الصلح لفظة تحتل التملك وتحتل الإسقاط فإن لم يكن تصحيحه تملكاً أمكن تصحيحه إسقاطاً فصح إسقاط ما هو حق معتبر يوازي الملك فاحتل التقويم بالشرط ولهذا جاز الصلح على خدمة عبداً آخر ولو كان هذا تملكاً

ان كان باطلا لان بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز وكذلك لو فعل ذلك وصى الوارث الصغير لانه تصرف نافع في حقه فان مات العبد الموصى
 بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صاحوه عليه فهو جائز لانه عقد اسقاط وقد تم بالموت لان حقه في منفعة مادام حيا وقد اسقط كل ذلك
 بالصلح فسلم له بخلاف ما اذا اجر عبدا مدة ثم مات قبل مضي المدة فان ثمة لم يسلم جميع ما قوبل بالبدل فلا يسلم البدل أيضا في مقابلة له اه
 اتقاني (قوله في المتن والجنابة) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي والصلح من كل جنابة فيها قصاص على ما قل من
 المال او كثر جائز لان القصاص مما يحتمل الاسقاط بغير مال فيحتمل به المال أيضا وهو حق يحتمل التقويم بالكتاب والسنة واجماع الامة
 كذا قال الاتقاني ثم قال وأما السنة فياروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل له قتيلا فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان
 احبوا أسندوا والدية أراد به رضا القتلى واجماع الامة على هذا كذا في شرح الكافي ولان دم العمد حق يجوز ان يؤل الى مال وهو اذا
 دخلته شبهة فجاز الصلح منه على مال كارتب العيب اه اتقاني (قوله نزلت الآية في الصلح عن دم العمد) وقيل ان الآية نزلت في دم بين
 شريكين عفا أحدهما أنه ينقلب نصيب الآخر مالا اه اتقاني (قوله ولانه حق ثابت في الحل في حق الفعل) بخلاف حق الشفعة اذ ليس
 ثابتا في الحل اه (قوله وما جاز ان يكون مهر الخ) أي الصلح بمنزلة النكاح يعني أن كل ما يصلح تسميته مهر في النكاح يصلح بدل الصلح
 ولا يقال كل ما يصلح بدل الصلح يصلح مهر لانه اذا صلحه عن أن يعفو ولا يخرج عن قصاص له (٥٠) قبل رجل آخر جاز وعفو القصاص

لا يصلح مهر اقال شمس الامة
 البهقي في الكفاية وكل ما
 يصلح مهر يصلح بدل الصلح
 عن الدم وكل ما ذكره المهر
 يصلح تسميته وجب مهر المثل
 وهنا تجب الدية والارش في
 ماله حال لان الدية هنا كالمهر
 المثل هناك لان كل واحد
 يجب بدلا عن مال ثم القود
 يسقط بأدنى شيء ولم يرض
 عينا فوجب ما ذكرنا الان في
 فصل اذا صلح عن دم العمد
 على غير يسقط القصاص
 ولا يجب شيء بخلاف المهر
 لان هناك تلك العفو بلا شيء
 فاذا ذكر ما لا يصلح عوضا

منفعة جاز فهذا أولى لكونه معلوما لان لها مدة متناهية لكن انما يجوز الصلح عن المنافع على المنفعة اذا
 كانا مختلفي الجنس بأن يصلح عن السكنى على خدمة العبد أو زراعة الارض أو لبس الثياب أما اذا اتحد
 جنسهما كما اذا صلح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استئجار
 المنفعة بخفضها من المنافع فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح
 قال رحمه الله (والجنابة) يعني الصلح جائز عن دعوى الجنابة وهذه اللفظ يتناول الجنابة على النفس وما
 دونها عدا كان أو خطأ سواء كان عن اقرار أو انكار أو سكوت أمّا العمد في النفس فلقوله تعالى فمن عفى
 له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف قال ابن عباس والضم المثل والحقن نزلت الآية في الصلح عن دم العمد
 ومعناها من بدل له بدل أخيه المقبول مال وذلك لا يكون الا بالصلح ولانه حق ثابت في الحل في حق الفعل
 فجاز أخذ العوض عنه كمال النكاح وما جاز أن يكون مهر اجاز أن يكون بدل الصلح وذلك مثل الاموال
 المعسومة والمنافع المعلومة وما لا يصلح مهر الا يصلح بدلا عن القود مثل الخمر والخنزير لكن في النكاح يجب
 مهر المثل لان النكاح لم يشرع بلا مال والعفو مشروط بدونه مندوب اليه وله ذل ولم يسم شيئا فيجب
 في النكاح مهر المثل لان البضع متقوم طالة الدخول ومهر المثل قيمة له لانه هو الموجب الاصل وفي العفو
 عن القود لا يجب شيء لانه لا يتقوم الا بالتقويم ولم يوجد وهذا لان التقويم يكون بقيام غيره مقامه
 والقصاص لا يقوم غيره مقامه اذ لا يمان له غير ما أن الشرع اجاز أخذ عوضه عند اتفاقهما فجاز أخذه
 بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يجوز أخذه لانه لاحق له في الحل بل هو ملك المشتري

أصلا فمكانه عفا وفي النكاح لا يمكن بدونه مهر وقال في الايضاح وبدل الصلح في دم العمد جار مجرى المهر وكل جهالة تحمات في المهر
 تحمات هنا وما يمنع صحة التسمية يمنع وجوبه في الصلح والمعنى الجامع بينهما أنه وجب ابتداء في مقابلة مال وفي كل موضع بطلت التسمية
 في النكاح فكذلك في الصلح الا أن القصاص يسقط ويجب بدل النفس وهو الدية فنحو أن يصلح على ثوب كما يجب مهر المثل في النكاح الا
 أنهم ما يفتقران من وجه وهو أنه اذا تزوجها على خير يجب مهر المثل ولو صلح من دم العمد على خير لم يجب شيء لان وجوب المهر في باب
 النكاح من ضرورات العقد فانه لم يشرع بلا مال فاذا لم يكن المسمى مالا لغت التسمية فصارت كما لم يسم مهر افوجب مهر المثل فاما في باب
 الصلح فوجوب المال ليس من ضرورات العقد فانه لو عفا ولم يسم مالا لم يجب شيء اه اتقاني (قوله بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال
 حيث لا يجوز) قال الاتقاني لانه يجوز حق لا يثبت ذلك في الحل قبل ذلك الحل وهو الدار مثلا والقصاص ليس كذلك لان الملاك ثابت في
 الحل لمن له القصاص قبل أخذ القصاص فجاز أخذ العوض عنه لانه عوض عن ملكه كأخذ العرض عن عبده في الاعتاق على مال
 فاذا لم يصح الصلح عن حق الشفعة بطلت الشفعة لانها تبطل بالأعراض عن طاب الشفعة واشتغالها بالصلح اعراض وانما قيد بالصلح عن
 حق الشفعة على مال لانه اذا صلح من شفعته على نصف الدار أو على الثلث من الأربع جاز شيء مذكور في الاصل قال في الشك في
 باب الصلح في الشفعة من قسم المبسوط اشترى دارا وله شفعه فباع فصالح من شفعته على نصف الدار بنصف الثمن جاز لان هذا يكون شراء
 ميتة ألا أخذ بالشفعة لانه ليس له أخذ البهض دون البعض وهذا الوجه صالحه على أن يسلم الشفعة على بيت من

الدار حصته من الثمن فالصلح باطل وحق الشفعة باق ولو صلح على تسليم الشفعة على دراهم لا يجب المال وبطلت الشفعة لأنه لا صلح على بيت من مائة فقد كفي الصلح ما يصح أخذه لو كان مائة وما لا ترى أنه لو سمي ربع الدار ربع الثمن جاز لأنه بطل لاخذ لأجل الجهة له وبقى الحق أما في الصورة الثانية فشرط في الصلح ما لا يجوز أخذه فيبطل حقه مجازاً إلى هنا لفظ شامل اه اتقاني وكتب على قوله بخلاف الصلح ما نصه راجع باب ما تبطل به الشفعة اه (قوله وكالكفالة بالنفس) يعني لا يجوز أخذ العوض عنها وأما الكفالة هل تسقط سيأتي الخلاف فيها بعد ثلاثة أسطر في كلام الشارح اه (قوله قيل تسقط) أي وهو الأصل نص عليه الشارح في باب ما تبطل به الشفعة والله الموفق قال الاتقاني فإذا لم يجز الصلح عن الكفالة بالنفس فهل تبطل الكفالة أم لا فيسه روايتان في رواية أبي حنيفة في الصلح تبطل وعليه الفتوى وهي رواية كتاب الشفعة وكتاب الخوالة والكفالة وفي رواية أبي سليمان لا تبطل وهي رواية كتاب الصلح من رواية أبي سليمان كذا في الفتاوى الصغرى قال صاحب التحفة ان الكفيل بالنفس اذا صلح المكفول له بمال معلوم على أن يبرئه من الكفالة فالصلح باطل والكفالة لازمة اه (قوله جائز على ما ذكرنا) أي أول الفصل اه وكتب ما نصه قال الاتقاني إلا أنه لا يجوز الصلح على أكثر من الدية ثلاثاً لزم المجاوزة عن التقدير الشرعي اه (قوله إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية) أي في الخطأ في النفس اه (قوله اذا وقع الصلح) (٣٤) على أحد مقادير الدية (لربا) وفي المغنى هذا اذا كان الصلح منفرداً أما اذا كان الصلح

منضمماً بالصلح عن دم الخطأ يجوز وان زاد بدل الصلح على قدر الدية كالمصالح ولى قتل المدعو ولى قتل الخطأ من قتل عمداً وقتل خطأ على أكثر من الدية يجوز ولصاحب الخطأ قدر الدية وما بقى لصاحب العمد اه وكتب ما نصه قال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية يجوز الصلح من القصاص في نفسه ومادونه على أكثر من الدية وفي الخطأ لا يجوز على الزيادة لأن الواجب في الصورة الأولى ليس بمال يفاز فيها كان وفي الثانية الواجب يقدر شرعاً بخلاف القياس فلا يتجاوز عنه اه

وانما له أن يتلأ ان شاء وذلك بغير خيار فلا يجوز أخذ العوض عنه كخيار الخيرة وخيار الشرط والرؤية وخيار العيب وكالكفالة بالنفس ثم اذا فسدت التسمية في الصلح كما اذا صلح على دابة أو ثوب غير معين تجب الدية لأن الولي لم يرض بسقوط حقه مجازاً فيصير إلى موجبته الأصلي بخلاف ما اذا لم يسم شيئاً أو سمى الخمر ونحوه حيث لا يجب شيء لما ذكرنا ويسقط القصاص لأن إقدامه على الصلح يتضمن الإبراء عنه وكذا الخيارات التي ذكرناها والشفعة تسقط لما ذكرنا واختلافها في سقوط الكفالة به قيل تسقط لما ذكرنا وقيل لا تسقط لأن الكفالة بالنفس وسيلة إلى المال غالباً أخذت حكمه فلا تسقط ما لم يحصل غرضه بخلاف ما ذكرنا من الخيار والقصاص وأما الخطأ في النفس فلأن موجبته المال والصلح عن دعواه جائز على ما ذكرنا إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية اذا وقع الصلح على أحد مقادير الدية للربا كما لا يجوز الصلح على أكثر من الدين من جنسه في دعوى الدين بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الأقل وإن كان أقل من عشرة دراهم لأنه لا موجب له في المال وانما يجب بالعقد فية تقدر بتقديره مما بخلاف النكاح حيث لا تجوز تسمية ما دون العشرة فيه لأنه مقدرة به شرعاً ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية جاز كيفما كان لعدم الربا لأنه يشترط القبض في المجلس اذا كان ما وقع عليه الصلح ديناً في الذمة كيلا يكون افتراقاً عن كالي بكالي ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لأن الحق تعين فيه بالقضاء فكان غيره من مقادير الدية بجنس آخر فأمكن الحمل على المساواة بخلاف الصلح عليه ابتداءً لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة قضاء القاضي فكما لا يجوز للقاضي أن يقضي بالزيادة على الدية من جنسه لا يجوز لهما أيضاً أن يصطلحا عليه المألزم من الربا على ما ذكرنا ولو صلح على خمر فسد الصلح ووجب عليه الدية لأن هذا صلح عن مال

اتقاني (قوله ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية) أي عدم صحة الزيادة على قدر الدية فيما اذا صلح عن جنابة الخطأ على فيكون أحد مقادير الدية كالابل والذهب والفضة أما اذا صلح على غير مقادير الدية كالمكيل والموزون جاز الصلح على الزيادة لأن عند اختلاف الجنس لا يظهر الزيادة اه اتقاني (قوله كيلا يكون افتراقاً عن كالي بكالي) أي وهو دين الدية بدين بدل الصلح اه (قوله ولو قضى القاضي) (الح) قال الاتقاني وهذا الذي قلنا من عدم جواز الزيادة على قدر الدية فيما اذا لم يقض القاضي بذلك أما اذا قضى القاضي بنوع من مقادير الدية ثم صلح عن نوع آخر منها بالزيادة كما اذا قضى القاضي بمائة بغير فصالح على أكثر من مائتي بقرة أو ألف دينار جاز لأن تعين الوجوب في الابل بالقضاء وكان المقر بدلاً عنها جازاً كيفما كان قال أبو العباس الناطقي في آخر كتاب الصلح من الاجناس ناقلاً عن نوادر ابن سميعة عن محمد بن لوصلح بعد القضاء بمائة من الابل على ثلثمائة بقرة وقبض جاز وإن كان قبل القضاء لم يجز (١) وإن كان بعد القضاء جاز اذا قبض ثم نقل في الاجناس عن كتاب الجنائيات للحسن بن زياد إذا حكم بالابل ثم صلح على أكثر من مائتي بقرة أو ألفي شاة لم يجز إلا أن يكون من غير جنس الدية فيجوز اه ما قاله الاتقاني (قوله لأن تراضيهما على بعض المقادير) تعين للواجب الشرعي ولا يجوز الزيادة على المتعين شرعاً اه

(١) قول المحشى وإن كان بعد القضاء لم يجز هكذا في الأصل وهو مكرر مع أول الفرع كما هو ظاهر اه مصححه

(قوله أو القاذف) الغالب في هذا القذف حق الشرع عندنا اهـ (قوله لان النسب حق الولد قال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية المطلقة المبانة ادعت أن هذا الولد للطلق وصالح من النسب على مائة لا يصح لانه حق الولد وأيضا لا يمكن أخذ الولد عن النسب ولو ادعت نكاحا بغير ولد فصالح على مائة لم يجوز يسترد المال ان دفع لان العوض على ترك النكاح من جانب الزوج ليس بمشروع الى هنا فظنه في الكفاية اهـ اتقاني (قوله في المتن ومن نكاح) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي ولو أن رجلا ادعى على امرأة أنها امرأته فأكرت ذلك فصالحته على مائة درهم على أن يبرأ من تزويجها الذي ادعى أجرته اذا قبل ويكون هذا خلع في حق المدعي وبذل المال والرشوة في حقها فاطعنا نازعته ولو أقام بينة على تزويجها بعد الصلح لم يقبل لانه لا يقيد لانه تقرير معنى الطالع وكذلك لو قالت أعطيتك مائة درهم على المبرأة أو على أنك برى عن دعوائك أو على أنه لا نكاح بينك وبينك كذا في شرح الكافي اهـ اتقاني **فرع** قال محمد في الاصل ولو ادعى قبله أنه شارب خمر وقال أرفعه الى السلطان فصالحه على مائة درهم على أن يكف عنه أو صالحه على مائة درهم على أن يقرب بشرب الخمر فان هذا كله باطل لا يجوز وكذا الوادعي أنه زنى بهذه المرأة فصالحه (٣٧) على مائة درهم على أن يكف ولا يرفعه الى السلطان فان هذا كله باطل لا يجوز ألا ترى أنه

فيكون نظير الصلح عن سائر الديون ومادون النفس معتبر بالنفس فيلحق ما يوجب القصاص فيه بالعمد في النفس وما يوجب المال فيه باخطافها ثم لا يختلف هذا الحكم في هذه الاشياء بين أن يكون عن اقرار أو انكار أو سكوت لمذاكرنا من المعنى وانما يختلف فيها السبب من معاوضة أو افتداء عيدين قال رحمه الله (بخلاف الخلع) يعني بخلاف ما اذا صالح عن دعوى حد بأن رفع الزاني أو شارب الخمر أو القاذف فصالح هو الرافع حتى يترك الدعوى لا يجوز الصلح فله أن يرجع بما دفع لان الحدود حق الله تعالى لا حق الرافع والاعتياض عن حق الغير لا يجوز ولهذا ادعت المرأة أن ولدها من زوجها المطلق فانكر وصالحها على شيء حتى يترك الدعوى كان الصلح باطلا لان النسب حق الولد وكذلك لو كان لرجل غيلة أو كسيف على طريق العامة فحاسبه رجل على نقضه فصالحه على شيء كان الصلح باطلا لان الحق في الطريق النافذ لجساعة المسلمين فلا يجوز أن يصالح واحد على الآخر بخلاف ما اذا صالح الامام عنه على مال حيث يجوز لان الامام ولاية عامة وله أن يتصرف في مصالحهم فاذا رأى في ذلك مصلحة ينفذ لان الاعتياض من المشترك العام جائز من الامام ولهذا الوباغ شيئا من بيت المال يبيع بعهده وبخلاف ما اذا كان ذلك في طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق حيث يجوز في حقه لان الطريق مملوكة لأهلها فيظهر في حق الأفراد والصلح معهم مفيد لا يبيح قط به حقه ثم يترصل الى تخصيص رضاء السابقين فيجوز قال رحمه الله (ومن نكاح) أي يجوز الصلح عن دعوى النكاح هذا اذا كان الرجل هو المدعي والمرأة تنكر لانه لا يمكن اعتبار الصحة فيه بأن يجعل في حقه في معنى الطلع لان أخذ المال عن ترك البضع خلع والصلح يجب جلاء على أقرب العهود اليه على ما مر ذكره وفي حقه الافتداء عيدين وقطع الخصومة فكان يحاوان كانت هي المدعية والزوج ينكر ذكرني بعض نسخ المختصر أنه لا يجوز لانه لو جعل ترك الدعوى منه طلاقا فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة اذ لم يسلم له شيء في هذه الفرقة وهي يسلم لها المال والنفس وان لم يجعل فرقة فالخلع به الصلح على ما كان عليه قبل فتكون هي على دعواها فلا يكون هذا الصلح مفيدا قطع الخصومة

السلطان فان هذا كله باطل لا يجوز ألا ترى أنه انما صالحه على حد من حدود الله تعالى ولو ادعى قبله سرقة متاع فصالحه المدعي عليه قبله على مائة درهم على أن أبرأه من السرقة فهذا جائز لانه ادعى قبله حدة أو ذلك لان دعوى السرقة دعوى المال لانه انما يصح دعواه في حق المال فصالح فيه على مال يأخذه المدعي كما في سائر المواضع ثم قال في الاصل ولو صالحه على مائة درهم على أن يقربه بالسرقة فنهى ذلك فان كانت العروضة قائمة بعينها فالصلح جائز وان كانت مستهلكة فالصلح باطل هذا لفظ محمد في الاصل في باب دعوى

الجراحات والحدود ونفسه ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في باب الصلح في دعوى القصاص والحد من شرح الكافي فان كانت العروضة قائمة بعينها جاز لانه يكون بهما ذلك العرض في زعمه مائة درهم وان كانت مستهلكة لم يجوز لانه يكون بيع الدراهم بدراهم أقل منه أو أكثر ثم قال في الاصل والصلح في الحدود وكماها على مال وغير مال سر ودفع لا يجوز اهـ اتقاني رحمه الله (قوله فكان صحيحا) والمراد من جواز الصلح نفاذه في الظاهر فاما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان على خلاف ما قال لا يحل له أخذه كذا في شرح الاقطع اهـ اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني ورأيت في نسخة ثالثة من نسخ القساري مكتوبة في تاريخ خمس وعشرين وخمسمائة عسدم الجواز قال وان ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لهما لم يجوز قال صاحب الهداية وجه الاول أي الجواز أن يجعل زيادة في مهرها وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال عبارة عن ترك النكاح بمالك فكيف يكون ذلك زيادة في المهر والاصح هو الوجه الثاني وهو الذي أئتمه وادع عليه في شرحه الشيخ أبو نصر البغدادي لا غير وقد روينا ذلك أيضا عن الكشاية قبل هذا ونص الكرخي على بطلان الصلح في مختصره اهـ (قوله في بعض نسخ المختصر) أي مختصر القساري اهـ (قوله لانه لو) أي لو دفع اليه المال لترك الدعوى وجعل الخ اهـ (قوله على ما كان عليه قبله) أي فلا يكون ما أخذه عوضا عن شيء

فلا يجوز ويأثم ماله اه اتقاني (قوله في المتن والرق) أي بان ادعى على رجل مجهول الحال أنه عبده فأشكر ثم صالحه اه (قوله لا ولاء له عليه) قال محمد في الاصل وكذلك لو قال أصالحك من دعوى على وصيف إلى أجل أو على كذا من الغنم إلى أجل كان ذلك جائزاً وكذلك الحيوان كاه والتميات والعروض وكل شيء يجوز فيه المكاتبه فهو في هذا الباب جائز ولو أخذ منه كفيلاً بذلك لزم الكفيل الكفالة ولا يشبه هذا المكاتبه لأنه قد عتق حين وقع الصلح إلى هذا لفظ محمد في الاصل اه اتقاني رحمه الله (قوله لأن المأذون له) أي المأذون له يملك التصرف فيما هو من كسبه (٨٨) وتجارته ورقبته ليست من كسبه وليست هي من تجارته ولهذا لا يملك بيع نفسه وانما هي للخدمة ولهذا لا تجب الزكاة على مولاه في رقبته وانما عليه صدقة النظر وكان التصرف في رقبته إلى مولاه لا إليه اه اتقاني (قوله ويصح بينه) أي الصلح جائز بين المكاتب المأذون وولي المقتول (قوله في المتن ولو صالح عن المغصوب المقتل الخ) قد بدلت الخلاف حتى لو كان قائماً يجوز الصلح على أكثر من قيمته بالاجماع ثم هذا الخلاف فيما إذا لم يقض القاضى بالقيمة على الغاصب أم ما بعد القضاء لو صالح على أكثر من ثمنها لا يجوز بالاجماع اه معراج وكتب مانعه قال في الهداية قال ومن غصب ثوباً يهودياً دون المائة فاستلمه فصالحه منه على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته عملاً لا يتقايين الناس فيه قال الاتقاني أي قال في الجامع الصغير ثم قال وعلى هذا الخلاف إذا غصب عبداً فملك في يده فصالحه على مال ثم أقام الغاصب

فلا يصار إليه وذكر في بعض ما أنه يجوز لأنه يجعل كأنه زادها على مهرها ثم خالها على أصل المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير الزيادة قال رحمه الله (والرق وكان عتقاً على مال) يعني الصلح جائز عن دعوى الرق وكان في حق المدعى بمعنى العتق على مال وفي حق الآخر دفع الخصومة لأنه أمكن تصحيحهم هذا الاعتبار جازاً ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل كالكتابة اعتباراً لزعم المدعى فان الحيوان ثبت في الذمة في معاوضة المال بغير المال كالنكاح والخلع غير أنه لا ولاء له عليه لأنه ينكر العتق ويدعى أنه حر الاصل الا أن يقيم المدعى البينة بعد ذلك فتقبل بيته في حق ثبوت الولاء عليه لا غير حتى لا يكون رقيقاً لأنه جعل معتقاً بالصلح فلا يعود رقيقاً وكذا في كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدعى لأنه يأخذ البذل باختياره نزل بآثما وكل موضع وقع فيه الصلح والمدعى كاذب فيه لا يحل له فيما بينه وبين الله تعالى أخذ العوض عنه ونظيره المقر له إذا كان يعرف أن المقر كاذب لا يحل له الا إذا سلمه إليه بطيبة نفسه فيكون حينئذ حرة مبدأة فيطيب له قال رحمه الله (وان قتل العبد المأذون له رجلاً عدا لم يجز صلحه عن نفسه وان قتل عبده رجلاً عدا فصالحه عنه جاز) أي لو صالح العبد المأذون له وولي المقتول عن عبده جاز وعن نفسه لا يجوز وانما جاز عن عبده دون نفسه لان المأذون له لا يجوز له أن يتصرف الا فيما هو من باب التجارة ولا ينفذ تصرفه في غيره وتصرفه في نفسه ليس من التجارة فلا ينفذ في حق المولى إذا كان بعوض لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه وهو المولى ولهذا لا يجوز له أن يبيع نفسه ويصح بينه وبين المولى حتى لا يجوز له قبل بعد العفو لانه مكاف فيصح تصرفه في حق نفسه ولا يجب عليه البذل للحال لانه وما في يده مال المولى ويتأخر الى ما بعد العتق كالامة اذا طلقها زوجها على مال فقبلت وقع عليها الطلاق بائناً لانه بعوض ويجب عليه المال بعد العتق كأنه طلق أو صالح على دين مؤجل وتصرفه في عبده من باب التجارة لان استخلاصه كشرائه لانه باستحقاقه القتل صار كالزائل عن ملكه وهو لو خرج عن ملكه كان له أن يشتريه فكذلك أن يستخلصه بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يصالح عن نفسه لانه كالحر ونحوه عن يد المولى ولهذا الوادعي أحد رقبته كان هو الخصم فيه وإذا جنى عليه كان الارش له وكذا اذا قتل لا تكون قيمته للمولى بل لورثته حتى تؤدى بها كاتته ويحكم بحريته في آخر حياته ويكون الفضل لهم فصار كالحر فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك العبد المأذون له فلا يجوز صلحه عن نفسه قال رحمه الله (ولو صالح عن المغصوب المتلف بما زاد على قيمته أو على عرض صح ولو عتق مؤسس عبداً مشترى كافيصالح الشريك على أكثر من نصف قيمته لا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجوز الصلح في المغصوب أيضاً على أكثر من قيمته عملاً لا يتقايين الناس في مثله لان القيمة هي الواجبة في ضمان العدو وانما هي التي يمكن وجوبها في الذمة دون العين اذا العين ليست من ذوات الامثال فيكون ما وقع عليه الصلح بمقابله ما وجب في الذمة وهي القيمة لا بمقابله العين فيصير ما زاد عليها باو هذا لان العين قد هلكت ولم يبق لها أثر فلا يمكن أن يقابلها شيء ولو أمكن لحاز بيعها فصار بمقابله القيمة ضرورة وهي

هي للخدمة ولهذا لا تجب الزكاة على مولاه في رقبته وانما عليه صدقة النظر وكان التصرف في رقبته إلى مولاه لا إليه اه اتقاني (قوله ويصح بينه) أي الصلح جائز بين المكاتب المأذون وولي المقتول (قوله في المتن ولو صالح عن المغصوب المقتل الخ) قد بدلت الخلاف حتى لو كان قائماً يجوز الصلح على أكثر من قيمته بالاجماع ثم هذا الخلاف فيما إذا لم يقض القاضى بالقيمة على الغاصب أم ما بعد القضاء لو صالح على أكثر من ثمنها لا يجوز بالاجماع اه معراج وكتب مانعه قال في الهداية قال ومن غصب ثوباً يهودياً دون المائة فاستلمه فصالحه منه على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته عملاً لا يتقايين الناس فيه قال الاتقاني أي قال في الجامع الصغير ثم قال وعلى هذا الخلاف إذا غصب عبداً فملك في يده فصالحه على مال ثم أقام الغاصب

البينة على أن قيمته أقل مما صالح عليه بكثير لم تقبل بينته في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تقبل بينته ويرد مقدرة زيادة القيمة على الغاصب اذا كان العبد مستملاً كما كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح السكاكي اه (قوله وهذا) أي جواز الصلح في مسئلة الغصب وعدم جوازه في مسئلة العتق قول أبي حنيفة وأما عندهما فلا يجوز الصلح في المسئلتين ومحل عدم جواز الصلح عندهما في المسئلة الاولى وعدم جوازه في المسئلة الثانية على قول الكل ما إذا لم يقع الصلح على عرض أما اذا وقع على عرض فانه يجوز اتفاقاً كما سيصرح الشارح بد في آخر هذه المقالة فتنبيه له والله الموفق اه قوله في آخر هذه المقالة أي مقالة الشرح

(قوله وضمن العتق الخ) هذه المسئلة الثانية التي ذكرها في المتن وهي متفق عليها اه (قوله لا يجوز الزيادة على مقادير الدية) أي كما إذا صالح من الدية على أكثر من ألف دينار أو من عشرة آلاف درهم لا يجوز اه (قوله وصار كما إذا حكم الحاكم) قال الاتقاني وكان إذا قضى القاضي للشفيع بأكثر من الثمن الذي اشترى به ورضى المشتري لم يجز ثم قال وكما لو قضى القاضي بقيمة المصوب على الغاصب ثم صالح على أكثر من القيمة لا يجوز بالاتفاق اه (قوله وفي كل ما هو معاوضة مال بغير مال الخ) قال الاتقاني أو نقول إن حق المصوب منه في المثل صدوره ومعنى لانه هو الأصل في ضمان العدوان وانما ينقل عنه الى المثل معنى وهو المثل بالقيمة عند القضاء فقبل القضاء إذا صالح على أكثر من القيمة لا يلزم الرب بالان ذلك اعتياض عن حقه في العين لاستيفاء العين حقه بأكثر منه فلا يتحقق الرب بخلاف ما إذا كان الصلح على أكثر من بعض قضاء القاضي بالقيمة لانه تقررا لحق فيما تكون الزيادة بالامحالة وبخلاف الدية فانهم مقدره شرعا فلم تجز الزيادة على ذلك لانه لا يلزم تغيير الثابت شرعا وبخلاف مسئلة الشفعة أيضا فان المشتري مجبور على إزالة الملك الى (٣٩) الشفيع بثمان مقدار وهو الثمن الذي قام عليه فكان ذلك مستتبنا فلا

مقدرة فلا يجوز الزيادة عليها كما قلنا في الصلح عن قتل الخطأ وضمن العتق لا يجوز الزيادة على مقادير الدية وعلى نصف القيمة وصار كما إذا حكم الحاكم بالقيمة ولهذا الوصلح على شيء موصوف في الذمة غير الدراهم والدينار الى أجل لا يجوز ولو كان بدلا عن العين لجاز ولا بد من حصة روجه الله أن الضمان بدل عن العين المستهلك فيجوز بالغام مبلغ كما إذا كانت فائضة حقيقة وهذا لأن الواجب في ذمته المثل من كل وجه وذلك هو المثل صورة ومعنى ولهذا يجب عليه ذلك في المقدرات فكذلك في العين لأن وجوبها في الذمة يمكن ألا ترى أن الحيوان والشيء وغيرهما من غير المقدرات يجب في الذمة في الشكاح والمكاتب والاطلع والدية وفي كل ما هو معاوضة مال بغير مال فكذلك في المصوب إذا تعذر في نفس الوجوب إلا أن عند الأخذ يصار الى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن لأن الأخذ والدافع لا يعرفان حقيقة ذلك لمساقيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في حق الوجوب لأن الواجب هو الله تعالى وهو عالم به فكان الواجب مثله فإذا أخذ عوضه أكثر من قيمته فلا يكون ربالة ليس من أموال الربا كما في حال قيام العين أو نقول إن العين بعد الهلاك باقية على ملك المصوب منه ما لم يضمنه أو يتقرر حقه في القيمة بحكم الحاكم ألا ترى أنه لو اختار ترك التضمين بق العين في ملكه حتى يجب الكف عن عيبه ولو كان أبى فساد من إباحه كان ملوكا فإذا كان كذلك فالضمان يكون عوضا عن العين ولا ربا فيها كما في حال قيام العين أو نقول إن الواجب في الأصل رد العين لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وانما يصار الى القيمة عند الضرورة وهي في حق الأخذ ولا ضرورة في جعل المأخوذ بدلا عن القيمة لا مكان جهله بدلا عن العين والدية مقدرة شرعا على ما بينا وكذا ضمن العتق منصوص عليه فيكون مقدرا فلا يجوز الزيادة عليه لأن تقدير الشرع فوق تقدير القاضي وبه يتقرر فكذلك ما هو فوقه وانما لا يجوز الصلح على موصوف في الذمة غير المقدرين الى أجل لأن المستهلك لا يوقف على أثره وما لا يوقف على أثره يكون في حكم الدين والافتراق عن دين بدين لا يجوز فكيف إذا كان مؤجلا حتى لو لم يكن مؤجلا وقبضه في المجلس جاز ولو كان ذلك بدلا عن القيمة لما جاز إذا كان معينا لانه يكون مبيعا حينئذ ويباع ما ليس عند الإنسان لا يجوز في غير السلم ولو وقع الصلح على عرض جائز في جميع ما ذكرناه من المقدرات لا ندلس عين الواجب وانما هو بدل عنه بالاجماع قال رحمه الله (ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم ان وكيل ما صالح عليه

عليه فكان ذلك مستتبنا فلا عليك التغيير بالزيادة على ذلك وبخلاف ضمان العتق لا نقول لانسلم أنه لا يجوز الصلح على أكثر من قيمة نصف العتق على قول أبي حنيفة لأن بعض أصحابنا منعوا ذلك على قول أبي حنيفة كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الأسدي في شرح الكافي وإن سلمنا ذلك فنقول لا يرد ذلك علينا لانه ثمة حق السباكت مقتدر في القيمة شرعا لا يتعدى الميزان قال النبي صلى الله عليه وسلم من أعتق عبدا بينه وبين شريكه قوم العبد قيمة عدل لا وكس فيه ولا شطط فان كان المقتق موصرا فعليه خلاصته والاسبي العبد فيه وفيما بين فيه لم يجد التفسير شرعا اه (قوله كافي حال قيام العين)

قال الاتقاني وإن كان المصوب قائما فالصلح على أكثر من القيمة جائز في قولهم لانه يبيع اه وقد تقدم الحكم فيما إذا كان قائما من الكافي أيضا اه (قوله كان ملوكا) ولو كان اكتسب كسبا كان الكسب له ولو كان نصيبا شريكا فتهقل به بعد موتة كان المصوب منه وانما ملك الكسب الأصل اه اتقاني (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد) قال الاتقاني والدليل أن حقه لم ينقطع فيه أيضا ولو صالح من القيمة على مكيل غير معين وقبض في المجلس صح ولو كان الحق منه طعنا ووجبت القيمة عينا لما صح لانه يكون سلميا فلا بد من شرائط عقد السلم اه قوله لم ينقطع فيه أي في المصوب اه (قوله وانما لا يجوز الخ) جواب عن قوله ولهذا الوصلح على شيء موصوف الخ اه (قوله ولو وقع الصلح على عرض الخ) قال الاتقاني في ذيل وجهه قوله ما في المسئلة الأولى أي مسئلة الغصب بخلاف ما إذا صالح على عرض قيمته أكثر من قيمة المصوب فانه يجوز لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف العين اليسيرة فانه لا يدخل تحت تقويم المقومين لم يبعد ذلك فضلا عما يكون ربا اه

(قوله في المتن ما لم يضمنه) فأما إذا ضمن فإنه يجب عليه بحكم الكفالة والضمنان لا يحكم العقد قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسججاني في شرح الكافي ولو ادعى في دار رجل دعوى فصالحه عنه آخر فاذا أضاف الصلح إلى الذي في يديه الدار سواء كان عن اقرار أو عن انكار أن كان بأمره فالضمنان على الأمر ولا شيء على المصالح والمصالح عنده سالم للذي في يديه لأنه أخرج الكلام مخرج الرسالة حيث أضاف الصلح إلى غيره بقوله صلح فلان ولا عهد على الرسول وكذلك أن قال صالحك ولم يذكر فلان فهو بمنزلة الإضافة إلى فلان لأن الصلح انقطع الخصومة والخصومة بين المدعي وبين فلان فصار هذا الإضافة إليه سواء وإن أضاف إلى نفسه بأن قال صالحني فقد جعل نفسه أصلا في العقد فيؤخذ به ثم يرجع بما ضمن على الأمر لوقوع حكم العقد وكذلك لو لم يضاف إلى نفسه ولكن ضمن أو أضاف إلى مال نفسه بأن قال صالحتك على مائة درهم من مالي أو على عبدي هذا لأنه لما التزم المال فقد جعل نفسه أصلا وأنه يصلح أصلا في هذا العقد ثم يرجع بما ضمن على الأمر لأنه بمنزلة الوكيل بالشراء أو بمنزلة الوكيل بالخلع وفي الموضوعين الجواب هكذا إلى هنا لفظ شرح الكافي اه اتقاني (قوله سفير ومهر) ولا تتعلق حقوق العقد بالسفير (هـ ع) كافي الوكيل بالنكاح اه اتقاني (قوله في المتن وإن صالح عنه) أي عن المدعي

ما لم يضمنه بل يلزم الموكل) هذا إذا صالح عنه عن انكار أو سكوت أو عن اقرار في دم عدا أو فيما لا يحمل على المعاوضة كالصلح على بعض الدين لأن الوكيل في هذه الأشياء سفير ومهر وهذا لأن الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق وكذا الصلح عن القود وأما الصلح عن بعض الدين فاسقاط ببعض فصارت هذه الأشياء بمنزلة الطلاق على مال ولهذا جاز هذا الصلح من الأجنبي كما يجوز الخلع منه فلا يلزم الوكيل شيء إلا بالاتزام كالوكيل في النكاح غير أنه إذا ضمن هنا وأدى عنه يرجع على الموكل وفي النكاح لا يرجع لأن الأمر بالصلح عنه أمر بالاداء عنه ليفيد الأمر فائدة إذا الصلح عنه جائز بغير أمره فكان فائدة أمره الرجوع عليه إذا ضمن عنه بخلاف النكاح لأنه لا ينفذ عليه من الأجنبي فكان فائدة الأمر فيه الجواز ثم إن ضمن بعد ذلك وأدى يكون متبرعا والأمر بالخلع مثل الأمر بالصلح حتى يرجع على الآخر إن ضمن وأدى عنه وأما إذا صالح عنه فيما يحمل على المعاوضة بأن كان عن مال عن اقرار فإن الوكيل يلزمه ما صالح عليه ثم يرجع به على الموكل لأن الوكيل أصيل في المعاوضة المالية فترجع الحقوق إليه دون الموكل فيطالب هو بالعوض دون الموكل قال رحمه الله (وإن صالح عنه بالأمر صح إن ضمن المال أو أضاف إلى ماله أو قال على ألف وسلم والايوقف فإن أجاز المدعي عليه جاز ولا بطل) وهذه المسئلة على أربعة أوجه لأنه لا يخلو إما أن ضمن المال أولا فإن لم يضمن فلا يخلو وإما أن أضاف الذي وقع عليه الصلح إلى نفسه أولا وإن لم يضاف فلا يخلو وإما أن سلم العوض أولا فالصلح جائز في الوجوه كلها إلا الوجه الأخير وهو ما إذا لم يضمن البديل ولم يضافه إلى نفسه ولم يسلمه إلى المدعي أما الوجه الأول وهو ما إذا صالح عنه بغير أمره وضمن المال فالصلح فيه جائز لأن الحاصل للمدعي عليه ليس إلا البراءة وفي مثله يستوى المدعي عليه والأجنبي لأنه لا يسلم للمدعي عليه شيء كما لا يسلم للأجنبي ومع ذلك جاز اشتراط بدل الصلح على نفسه فكذلك الأجنبي والمقصود من هذا الصلح رضا صاحب الحق لرضا المدعي عليه إذ لاحظ له فيه لأن الوضع مفروض فيما لم يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص وأخواته على ما بيناه آنفا والمدعي منفرد

عليه اه (قوله في المتن بلا أمر صح) أي إن صالح الأجنبي عن المدعي عليه بلا أمره في شيء مما لم يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص صح الخ اه (قوله فلا يخلو) إما أن أضاف أي المصالح الشيء اه (قوله جائز في الوجوه كلها) أي ولزمه تسليمها إلى المدعي ولا يرجع بشئ منها على المدعي عليه لأنه متبرع وصار كالكفالة بغير أمر المدون اه ابن فرشتا (قوله فالصلح فيه جائز) قال اتقاني وذلك إن المال وإن لم يجب عليه بمقد الصلح يجب بالضمنان ويلزم بضممانه للمدعي لأن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز لأن الصلح بطريق الاسقاط

يصح والساقط يتلشى فيستوى فيه الفضولي والمدعي عليه فيصلح الأجنبي أصيلا في حق الضمان إذا أضاف الضمان بهذه إلى نفسه بأن قال صالحني على ألف على أني ضامن كالزوج إذا خالع امرأته مع أجنبي فضولي من جانب المرأة وضمن الأجنبي ذلك كان بدل الخلع عليه وكان أصيلا في الضمان ومتبرعا على المدعي عليه باسقاط الخصومة فكذلك هنا قال في التحفة فأما إذا كان بغير إذنه فهذا صلح الفضولي وهو على أربعة أوجه في ثلاثة منها يصح الصلح ويلزم المال على المصالح الفضولي ولا يجب على المدعي شيء بأن يقول الفضولي للمدعي أصالحك من دعوائك هذه على فلان بألف درهم على أني ضامن لك هذه الألف أو على هذه الألف وهما فصل واحد أو قال على ألفي هذه أو على عبدي هذا أضاف المال إلى نفسه أو عين البديل فقال على هذه الألف على هذا العبد وانما كان هكذا لأن التبرع باسقاط الدين بأن يقضي دين غيره بغير إذنه صحيح والتبرع باسقاط الخصومة عن غيره صحيح والصلح عن اقرار اسقاط للدين والصلح عن انكار اسقاط للخصومة فيجوز كنهما كان وفي فصل واحد لا يصح بأن قال أصالحك من دعوائك هذه مع فلان على ألف درهم أو على عبدي وسط فإن هذا الصلح موقوف على إجازة المدعي عليه أن أجاز يصح ويجب المال عليه دون المصالح لأن الإجازة بمنزلة ابتداء التوكيل والحكم في التوكيل كذلك وإن لم يجز بطل الصلح لأنه لا يجب المال والمدعي لا يسقط اه

(قوله ولم يحصل للصالح شيء)
أي من المدي أي لا يصير
الدين المدي به ملكا للصالح
اه

باب الصلح في الدين

قال الكاكي رحمه الله لما
ذكر حكم الصلح على الموم
ذكر في هذا الباب حكمه عن
دعوى خاص وهو دعوى
الدين إذا تعلق بحد
الموم اه وقال الاتقاني
لما ذكر الصلح مطلقا في عموم
الدعوى ذكر هنا الصلح في
الدين لأنه صلح مقيد والمقيد
بعد المطلق لأن القيد وصف
زائد في الذات اه فأقل
في أولى العبارتين اه (قوله
في الدين أو على ألف مؤجل)
يعني لو صلح الطالب عن
ألف درهم حاله على المطلوب
على ألف درهم مؤجلا جاز
وذلك لما قلنا أن أمور المسلمين
شاملة على الخدمة فأوجبنا
ذلك على المعاوضة يلزم بيع
الدراهم بالدراهم نساء وذلك
لا يجوز لأنه يبيع الدين بالدين
لأن الدراهم الحالة والدراهم
المؤجلة ثابتة في الذمة
والدين بالدين لا يجوز لأن
النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن الكاكي بالكاكي فلما
لم يمكن جعله على المعاوضة
جاءه على التأخير فحدها
للتعريف لأن ذلك جائز كونه
تصرفا في حق نفسه لا في
حق غيره اه اتقاني

بهذه الأمور غير أنه لم يرض بسقوط حقه مجانا فإذا سلم له لعرض من جهة المتبرع صح ولزم إتمام رضاه
والا توقف على إجازة المدي عليه وسلامته تكون بالضمنان لأنه إن لم يلزمه بالعقد لئلا يفسد رافعه يلزمه
بالضمنان لولا أنه على نفسه فتم رضاه وكذا بالاضافة إلى نفسه بأن يقول صالحتك على ألفي هـ أو على
عدي هـ الآن الاضافة إلى نفسه التزام منه بالتسليم إلى المدي وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه فصار
كالمؤمن فيصح إتمام رضاه به والمعرف المشار إليه بأن قال صالحتك على هـ هذا العبد أو على هـ ألف
هـ المضاف إلى نفسه لأنه تعين التسليم إليه بشرطه فيتم به الصلح وكذا بالتسليم العوض إليه بأن عقد
المتبرع عقد الصلح بأن قال صالحتك على ألف ولم يضمن ولم يصفه إلى نفسه ولكنه سلم إليه العوض
المشروط لأنه بالتسليم حقيقة ثم رضاه فصار فوق الضمان والاضافة إلى نفسه فإذا حصل له العوض في
هذه المواضع الثلاثة تم رضاه به وبرى المصالح عنه ولم يحصل للصالح شيء لأنه سفير ومعه بخلاف ما إذا
صلح عن عين في يد المدي عليه وهو متبر به أنه المدي بحيث يملك المتبرع العين لأنه معاوضة من كل وجه
فيكون مشتريا لنفسه من مالكة فيملكه إذا اشترى لا يتوقف إذا وجد نفقا ذابلا ينفذ عليه ولو استحق
العوض في الوجوه التي تقدمت أو وجد زيوفا أو سقوا لم يرجع على المصالح لأنه متبرع التزم تسليم شيء
معين ولم يلتزم الا بقاء من غيره فلا يلزمه شيء آخر لم يلزمه إذا ليس على المحسنتين من سبيل ولكنه يرجع
بالدعوى لأنه لم يرض بترك حقه مجانا لا في صورة الضمان فإنه يرجع على المصالح لأنه التزمه بالضمنان فصار
دينا في ذمته ولهذا الواضع من التسليم يجبر عليه بخلاف غيرهما من الصور والرابع أن يصالحه على
ألف ولم يضمن ولم يصف العوض إلى نفسه بأن قال صالحتك على ألف فملك فيه أن يكون موقفا لأنه لم
يسلم للمدي عوض فلم يستطع حقه مجانا لعدم رضاه به فإن أجاز المدي عليه جاز ولزمه المشروط لا التزامه
بأختياره وإن رده بطل لأن المصالح لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ عليه تصرفه وانطاع في جميع ما ذكرنا
من الأحكام كالمصلح وجعل في بعض شروح الجامع في باب الخلع الألف المشار إليها والعبد المشار إليه مثل
الألف المنكر حتى جعل التبول إلى المرأة والله أعلم

باب الصلح في الدين

قال رحمه الله (الصلح عما استحق بعقد المداينة أخذ له بعض حقه واستقاط الباقي للمعاوضة) هكذا ذكر
في نسخ هذا المختصر بقوله عما استحق وهذا سهو ولا نه إذا صلح عن الدين لا يكون جميع صورته استيفاء
لبعض حقه واستقاط الباقي وإنما يكون هكذا لأن لو وقع الصلح عن الدين على بعض الدين ألا ترى
أنه لو وقع عن الدين بجنس آخر يحمل على المعاوضة والصواب أن يقال الصلح على ما استحق بعقد
المداينة الخ فإنه يكون أصلا جديلا لا يرد عليه نقض وهكذا ذكر القسود في رحمه الله في مختصره بقوله
وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى
بعض حقه وأستقط باقيه وذكر بعضهم أن الأحسان متى وجد من أحد الجانبين يكون تبرعا وإن وجد
من الجانبين يكون معاوضة وإنما لا يحمل على المعاوضة إذا وقع على بعض الدين لأن في حله عليهم إفساد
العقد المربا وفي حله على أنه استوفى بعض حقه وأستقط الباقي جوارزه فكان أولى جلا لأمر المسلمين على
الخدمة ما أمكن وظاهر حاله يدل على ذلك لأنه يطلب الخدمة دون الفساد إذ عقد له ودينه ينعاده عن ارتكاب
مخطوئته قال رحمه الله (فأصل الصلح عن ألف على ألف مؤجل جاز) لأنه يجعل مستوفيا
لنصف حقه ومستقطا للنصف في الأولى وفي الثانية يجعل كأنه أجمل نفس الحق تحري الجواز ولو جعل على
المعاوضة لفسد لأن يبيع الدراهم بالدراهم لا يجوز إلا مثلا بمثل يدا بيد فلا يصار إليه وكذا لو صلح عن
الألف على خمسة مائة مؤجلة جاز كأنه أبرأه عن النصف وأنعى النصف وعن هـ هذا الصلح عن ألف جيا
على خمسة مائة زيوفا حالة أو مؤجلة جاز فيجعل مستقطا لخدمة والخدمة ومستوفيا لبعض حقه أو مؤجلا

(قوله لان من استحق الجياد استحق الزئوف) قال الاتقاني رحمه الله لان المستحق للجياد مستحق لساكنها ألا ترى أنه لو أخذ السود من مال غريمه بدون رضاه جاز ولم يجبر على الرد ولو أخذ البيض مكان السود بدون أمره لم يجز ويجبر على الرد اه (قوله وكذا لو كان له ألف مؤجل ففصله على خمسمائة حالة لا يجوز) هذه المسئلة تأتي في المتن بعد أسطر اه (قوله لانه لا يستحق الحال) أي بعقد المداينة كان حقه في المؤجل اه اتقاني (قوله فيكون مبادلة بالضرورة الخ) ويبيع خمسمائة بألف لا يجوز لانه ربا ونقول انه احتياض عن الاجل وانه باطل لان تعجيل الخمسمائة التي كانت مؤجلة في الاصل تسكون بمقابلة الخمسمائة المخطوطة المؤجلة فيكون اعتبارا عن الاجل قال الحسن بن زياد في كتاب المجرد أخبرنا أبو خنيفة عن زياد بن مسيرة عن أبيه قال كان لرجل على مال الى أجل فساأني أن أعجل ويضع عني بعضه فذكرت ذلك لابن عمر فنهاني وكان أبو خنيفة يأخذ بهذا الحديث وقال شيخ الاسلام الاسيبي في شرح الكافي ولو كان له عليه ألف درهم الى أجل فصالحه منها على خمسمائة درهم ودفعها اليه لم يجز وعلى قياس قول أبي يوسف ينبغي أن يجوز لانه احسان في القضاء بالتعجيل واحسان (٤٣) من صاحب الدين في الاقتضاء بخط بعض حقه لكنا نقول هذا احسن اذ لم يكن

أحدهما مشروطا في الآخر فاذا شرط أحدهما في مقابلة الآخر دخل فيه معاوضة فاسدة فكان فاسدا وروى أن رجلا سأل ابن عمر عن ذلك فنهاه ثم سأله فنهاه ثم سأله فقال ان هذا يريد أن أطعمه الربا وعن الشعبي مثل ذلك وعن ابراهيم أنه قال لا بأس بذلك انما هو حط بعضه عنه وأبو يوسف أخذ بقوله الى هنا لفظ شرح الكافي اه اتقاني رحمه الله (قوله أوعن ألف مؤجل) هذه المسئلة قد تقدمت بسطر في كلام الشارح فانظر الى ما قبل هذه القولة نقلا عن الاتقاني رحمه الله في ما فانه مفيد اه (قوله أو سود) قالوا المراد من الدراهم السود هي الدراهم المضروبة من النقود السوداء اه اتقاني (قوله أخذها بطريق المعاوضة الخ) فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف شروط فكان ربا على قدر الدين اه (قوله ولو كان عليه ألف درهم الخ) قال في الهداية ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو الى شهر صلح قال الاتقاني ذكره تهر يما على مسئلة القدرى وذلك لان المائة لما كانت مستحقة بعقد المداينة لم يحل على المعاوضة فحل على أنه أسقط حقه في الدين أصلا وأسقط حقه في الدراهم المائة واذا كان كذلك جاز التأجيل في المائة لانها ليست بعوض بل هي نفس ما كانت في الذمة قال في شرح الكافي وان كان لرجل على رجل مائة درهم ومائة دينار فصالحه من ذلك على خمسين درهما وعشرة دنانير الى شهر جاز لانه حط بعض حقه قدرا وبعضه وصفافوقد ذكرنا أن الخط لا يقف على استيفاء ما بقي وكذلك لو صالح من ذلك على خمسين درهما الى أجل أو حال لانه حط أحد حقيه أصلا والآخر بعض حقه والاصل في جنس هذه المسائل أن ما دار بين أن يكون استيفاء وصرفا يجب حل استيفاء لانه دون الصرف لان الصرف عقد مبتدأ له أحكام مبتدأة والاستيفاء متم لما يقتضيه العقد فكان حل التصرف عند التردد عليه أولى اه

لان من استحق الجياد يستحق الزئوف ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يستحقه بالعقد لما جاز لان المبادلة برأس مال السلم وبديل الصرف لا تجوز بخلاف عكسه وهو ما اذا كان له ألف زئوف وصالحه على خمسمائة جياد حيث لا يجوز لانه لا يمكن حله على أنه استوفى بعض حقه وأسقط الباقي لانه لا يستحق الجياد فيكون معاوضة ضرورية فلا يجوز التفاضل فيها لان جيدها ورديها سواء على ما عرف في موضعه وكذا لو كان له ألف مؤجل فصالحه على خمسمائة حالة لا يجوز لانه لا يستحق الحال فلا يمكن حله على أنه أخذ عين حقه فيكون مبادلة بالضرورة فلا يجوز الامتثال لما ذكرنا قال رحمه الله (وعلى دنانير مؤجلة أوعن ألف مؤجل أو سود على نصف سال أو بيض لا) يعني لو صالحه عن ألف درهم على دنانير مؤجلة أوعن ألف مؤجل على خمسمائة حالة أوعن ألف سود على خمسمائة بيض لا يجوز لان من له الدراهم لا يستحق الدنانير فكان معاوضة وهو صرف فلا يجوز تأجيله ومن له دين مؤجل لا يستحق الحال وكذا من له دراهم سود لا يستحق البيض لانها أجود على ما بينا فيكون أخذها بطريق المعاوضة لا بطريق الاستيفاء وشرط صحة المعاوضة في الجنس المتحد القدر المساواة ولم توجد فلهذا بطل الصلح حتى لو صالحه على ألف حالة عن الالف المؤجل أو صالحه على ألف بيض عن الالف السود جاز بشرط قبضه في المجلس لوجود المساواة في القدر وهو المعتبر في الصرف دون المساواة في الصفة ولو كان عليه ألف فصالحه على طعام موصوف في الذمة مؤجل لم يجز لانه يكون افتراقا عن دين بدين فلا يجوز ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم جاز سواء كانت حالة أو مؤجلة لانه يجعل اسقاط الدنانير كلها والدراهم المائة وتأجيل المائة التي بقيت فلا يحل على المعاوضة لان فيه فسادا ولان جهة الاسقاط أربع لان الصلح مبني على الأغراض ولهذا جاز عن المجهول والاصل في جنس هذه المسائل أنه متى كان الذي وقع عليه الصلح أدون من حقه قدرا ووصفا ووقتا أو في أحد هذه الاشياء فهو اسقاط للبعض واستيفاء للباقي لانه استوفى دون حقه وان كان أزيد منه بمعنى انه دخل فيه ما لا يستحقه من وصف أو ما هو بمعنى الوصف كتعجيل المؤجل ومن اختلاف جنس فهو معاوضة لعمد جعلة استيفاء في غير المستحق فيشترط فيه

النقود السوداء اه اتقاني (قوله أخذها بطريق المعاوضة الخ) فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف شروط فكان ربا على قدر الدين اه (قوله ولو كان عليه ألف درهم الخ) قال في الهداية ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو الى شهر صلح قال الاتقاني ذكره تهر يما على مسئلة القدرى وذلك لان المائة لما كانت مستحقة بعقد المداينة لم يحل على المعاوضة فحل على أنه أسقط حقه في الدين أصلا وأسقط حقه في الدراهم المائة واذا كان كذلك جاز التأجيل في المائة لانها ليست بعوض بل هي نفس ما كانت في الذمة قال في شرح الكافي وان كان لرجل على رجل مائة درهم ومائة دينار فصالحه من ذلك على خمسين درهما وعشرة دنانير الى شهر جاز لانه حط بعض حقه قدرا وبعضه وصفافوقد ذكرنا أن الخط لا يقف على استيفاء ما بقي وكذلك لو صالح من ذلك على خمسين درهما الى أجل أو حال لانه حط أحد حقيه أصلا والآخر بعض حقه والاصل في جنس هذه المسائل أن ما دار بين أن يكون استيفاء وصرفا يجب حل استيفاء لانه دون الصرف لان الصرف عقد مبتدأ له أحكام مبتدأة والاستيفاء متم لما يقتضيه العقد فكان حل التصرف عند التردد عليه أولى اه

(قوله في المتن ومن له على آخر ألف فقال أدغدا الخ) قال الاتقاني وصورته في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل
يكون له على رجل ألف درهم حالة فقال له ادفع إلى غدا منها خمسمائة على أنك برى من الفضل فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عادت الالف
عليه في قول أبي حنيفة ومحمد ولا تعود عليه في قول يعقوب الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال محمد في الأصل اذا كان لرجل
على رجل ألف درهم فقال له أصالحك على أن أحط عنك خمسمائة درهم على أن تعطيني اليوم خمسمائة فصالحه على ذلك فان أبا حنيفة
ومحمد اقالا في ذلك ان أعطاه يومئذ خمسمائة بجاز الصلح وان مضى ذلك اليوم قبل أن يعطيه انتقض الصلح وبطل وكانت الالف عليه على
حالتها وقال أبو يوسف عليه خمسمائة وهو برى من الخمسمائة الاخرى الى هنا لفظ محمد في الأصل (قوله وقال أبو يوسف براء الخ) وجه
قول أبي يوسف أن ابراهيم حصل مطلقا فثبت البراءة مطلقا أعطى أول يعطى فصار كما اذا بدأ ببراءة وهاذا لان الكلام خارج مخرج
المطالبة لا يخرج العوض لان كلمة على وان كانت للمعاوضة لا يصلح أداء الخمسمائة عوضا لان أداء ذلك واجب عليه بقضية السبب
السابق وحقيقة المعاوضة انما تكون اذا استفاد كل واحد منهما شيئا لم يكن استفاده من قبل وانما استفاد باستحقاق طارئ فلما لم
يصلح أداء ذلك عوضا صار ذكره وعدمه بمنزلة فمضى ابراهيم مطلقا فلم يقيدها بالبراءة بشرط (١٣٤) سلامة العوض وجه قوله ما أن هذا

ابراهيم بشرط من غوب فيه
فيكون ابراهيم مقيدا بشرط
سلامته كما اذا برأه على شرط
سماء أو قيدا لبراءة بشرط
الكفالة أو الرهن كما لو قال
أرأيتك عن الخمسمائة بشرط
أن تعطيني بالباقي اليوم
كثيرا أو غنما فغضى اليوم
ولم يعط عادا لالف عليه كما
هنا وكالحالة لما كانت
براءة المحيل مقدمة بشرط
سلامة الدين من ذمة المحتال
عليه فاذا فات هذا الشرط
بموت المحتال عليه مفلسا
عاد الدين الى ذمة المحيل
وانما قلنا ذلك لانه قد يكون
ماله على انسان متصرف في
الاداء فيريد أن يشترط الخط
عن بعض بشرط التجهيل

شروط المعاوضة وانما كان تجهيل المؤجل كالوصف لان المجمل خير من المؤجل ولهذا ينص الثمن
لاجله فيكون الخط بمقابلة الاجل فيكون ربا فلا يجوز الا اذا صالح المولى مكاتبه عن ألف مؤجلة على
خمسمائة حالة فانه يجوز لان معنى الارتفاق فيما بينهما أظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الاجل
ببعض المال ولكنه ارفاق من المولى بخط بعض البدل وهو مندوب اليه في الشرع ومساها من
المكاتب فيما بقي قبل حاول الاجل ليتوصل به الى شرف الحرية وهو أيضا مندوب اليه في الشرع قال
رحمه الله (ومن له على آخر ألف فقال أدغدا نصفه على أنك برى من الفضل ففعل برى والا لا) أي ان لم
يؤدغدا النصف وهو خمسمائة لا يبرأ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يبرأ وان لم يؤد ولا تعود
اليه خمس المائة الساقطة أبدا لان اشتراط الاداء ضائع لان النقد واجب عليه في كل زمان يطالبه هو فيه
اذا المال عليه حال فبطل التعليق وصار ابراهيم مطلقا وهذا لانه جعل اداء خمس المائة عوضا لان كلمة على
للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لانه واجب عليه قبل الصلح وهو لم يذكر لبراءة عوضا سواء والعوض هو
المستفاد بالعقد ولم يستفد شيئا فصار وجوده كعدمه فحصل ابراهيم مطلقا كما اذا بدأ بالبراءة بان قال
أرأيتك من خمسمائة من الالف على أن تعطيني خمسمائة غدا بخلاف ما اذا قال فان لم تنقد غدا فلا صلح
بيننا لانه مقيد وهو تعليق الفسخ بعدم النقد فانه بمنزلة خيار الشرط ولهذا جاز في البيع أيضا على ما مر
ذكره ولهما أن كلمة على تكون للشرط كما تكون للمعاوضة فتحمل عليه عند تعذر جهلها على المعاوضة لما
ذكره في التصرفه فاذا كان للشرط جاز تقييد ابراهيم بالبراءة لانه لا يتحمل التقييد به وان لم يتحمل التعليق به كما
في الحوالة فان الاصيل يبرأ بقيد على صفة وهو سلامة العوض له من المحال عليه فصار كما اذا برأه عن
البعض بشرط أن يعطيه كفيلا بالباقي أو رهنا فاذا احتمل ذلك وجب حله عليه لان للناس غرضه فيه
هذا رافلاسه أو توسلا الى تجارة أو بيع منه بخلاف ما اذا قدم ابراهيم بالبراءة بالبراءة فلا يعود الدين

في مقابله حتى يكون ذلك حاملا له على التأجيل وهذا متعارف بين الناس فصار ابراهيم مقابلا لبراءة المحيل فتنتف سلامة ذلك
فصار كما لو شرط بشرط آخر وان كانت للمعاوضة جاءت على معنى الشرط لان معنى المعاوضة لا يصح هنا قلنا فجاءت على
الشرط لان فيه معنى المعاوضة لان في المعاوضة مقابلة أحد العوضين بالآخر والشرط أيضا يقابل الجزاء فصار الشرط كالذ كور فكان
قال ان لم تنقد فلا صلح فاذا لم تنقد بطل الصلح اه اتقاني (قوله ولهما أن كلمة على تكون للشرط) قال تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا
بالله شيئا اه (قوله جاز تقييد ابراهيم بالبراءة لانه لا يتحمل التقييد به) رأيت بخط قارئ الهداية هنا حاشية نصها الفرق بين التقييد والتعليق
أن في التقييد لا يستعمل لفظ الشرط سريحا ولهذا لو قال ان أدت أو متي أدت أو اذا أدت لم يصح التقييد وفي التعليق يستعمل لفظ
الشرط سريحا هذا من حيث اللفظ والفرق من حيث المعنى أن في تقييد ابراهيم بالبراءة يحصل ابراهيم في الحال بشرط وجود ما قيد به
وفي التعليق لا يحصل في الحال لان المعلق بالشرط معدوم قبل فكان التقييد بمنزلة الاضافة الى وقت وبيانه مستقصى في أصول شمس
الاعنة السرخسي ثم في مسئلتنا لم يستعمل سريحا لفظ الشرط ولكن فيسمى معنى الشرط فلذا احيانا تقييد الانه ليقا اه (قوله حذار
افلاسه) يجوز أن يقع المفعول له معرفة كما في قوله آخر جت شناعة الشر وقوله حذار افلاسه من هذا القبيل اه غاية

(قوله ثم هذه المسئلة على وجوه الخ) قال الاتقاني وأما الوجه الذي لا يبرأ إذا لم يؤدّو يكون المال عليه وهو الوجه الثاني فهو أن يقول
أبرأتك عن خمسمائة على أن تنقضي غدا خمسمائة فإن لم تنقضي غدا خمسمائة فالألف عليك فغدا لا يعطيه فالألف عليه بالاتفاق لأنه
عذر لزوم الإبراء بشرط إيفاء الباقي قال عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وألا يبرأ يجوز أن يتوقف لزومه على شرط غير غروب
عرفنا ذلك بأخر كلامه وهو قوله فإن لم تنقضي غدا فالألف عليك وهذا لأن الإبراء فيه معنى التملك ولهذا يرتد بالردّ بخلاف أن يتوقف لزومه
على الشرط اهـ (قوله فكذلك أنه يبرأ مطلقا) أي بالاجماع اهـ اتقاني (قوله اذ لم يؤت له وقتا) أي لأنه إذا لم يؤت له وقتا يكون وقته العرفي فلا
تقتض البراءة بعدم الدفع اهـ اتقاني (قوله أومتى أدبت) قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير ولو قال للغريم أو للكفيل إذا أدبت إلى
خمسمائة أومتى أدبت أو أن أدبت فإن دعت إلى خمسمائة فانت بري عن الباقي فهذا كله باطل ولا يبرأ عن الباقي وإن أدت إليه خمسمائة
سواء ذكر لفظ الصلح أو لم يذكر لأنه عاق الإبراء بشرط صريحها تبطل كما لو قال ان دخلت الدار فقد أبرأتك بخلاف ما تقدم لأنه ما صرح
بالتعليق وإن كان فيه معنى التعليق وحقيقة الفرق بينهما أن البراءة إسقاط حتى لا يتوقف على القبول ويرتد بالردّ كما فيه معنى التملك
وتعليق التملك بالشرط باطل كتعليق (ع) البيع وتعليق الإسقاط جائز كتعليق الطلاق والعقاق فاعتبرنا شبهة التملك وقلنا بأنه

بالشك وفيما نحن فيه لم يبرأ في أوله وآخره معلق بشرط فلا يسقط الدين بالشك وهذا لأن كلمة على محتملة
فعلى تقدير أن تكون للشرط لا يبرأ مطلقا وإنما يبرأ بالاداء وعلى تقدير أن تكون للعوض يبرأ مطلقا فلا
يبرأ بالشك والاحتمال ثم هذه المسئلة على وجوه أحدها ما ذكرنا والثاني أن يصرح بالتقييد بأن يقول
صالحتك عن الألف على خمسمائة تدفعها إلى غدا وأنت بري من الزيادة على أنك إن لم تدفعها إلى غدا
فلا تبرأ من الباقي فيكون الأمر كما قال لأنه صرح بما يحتمل اللفظ فلا نزاع فيه غيره والثالث إذا قال أبرأتك
من خمسمائة من الألف على أن تعطيني خمسمائة غدا فكذلك أنه يبرأ مطلقا أدت خمس المائة في الغدا ولم
يؤدّ لان البراءة قد حصلت بالاطلاق أو لا فلا تتغير بما يوجب الشك في آخره على ما ذكرنا في الفرق بين هذه
المسئلة والأولى والرابع أن يقول أدت إلى خمسمائة على أنك بري من باقيه ولم يؤت للاداء وقتا فكذلك أنه
يبرأ مطلقا لأنه إبراء مطلق اذ لم يؤت له وقتا وليس له غرض صحيح لأن الاداء واجب عليه في مطلق الزمان
فلا يحمل على التقييد ويحمل على المعاوضة وهو لا يصلح عوضا لان العوض اسم لما يستفيد به العقد
والاداء واجب قبله فلغا بخلاف المسئلة الأولى لان الاداء فيها مقيد بعدم الاداء وهو غرض صحيح على ما بينا
فيتقيد به وانما مس إذا قال ان أدبت إلى خمسمائة أو إذا أدبت أومتى أدبت فكذلك أنه لا يصح لأنه تعليق
بالشرط صريحها والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التملك لأنه مالك ما في ذمته ولهذا
يرتد بالردّ بخلاف الطلاق والعقاق لأنه إسقاط فيجوز تعليقه بالشرط وبخلاف ما تقدم من أنواع هذه
المسئلة لأنه لم يعلقها فيها بصريح الشرط وانما أتى بالتقييد فصار كالمضاف إلى وقت بل هو مضاف إلى
الوقت فلا ينافي كونه سببا في الحال فلا يكون معلقا بالخطر من كل وجه قال رحمه الله (ومن قال لا آخر
لا أقربك بمالك حتى تؤخره عني أو تهبط) يعني بعضه (ففعّل صح عليه) لأنه ليس بعهده لم يمكنه من إقامته

إذا صرح بالتعليق لا يصح
واعتبرنا شبهة الإسقاط وقلنا
بالصحة إذا لم يصح وكذلك
إذا قال للكفيل وفيه نوع
اشكال لأن إبراء الكفيل
إسقاط محض ولهذا لا يرتد
برده فينبغي أن يصح تعليقه
بالشرط الآن إبراء الكفيل
كإبراء الأصيل من حيث أنه
لا يخلف به كما يخلف بالطلاق
فيصح تعليقه بشرط متعارف
ولا يصح تعليقه بما ليس
بمتعارف ولهذا قلنا أنه إذا
كفل بعمال عن رجل وكفل
بنفس المكفول عن نفسه أيضا
على أنه إن وافى بنفسه غدا
فهو بري من الكفالة بالمال
فوافى بنفسه بري من المال

وان علق البراءة بالإيفاء لان هذا تعليق بشرط متعارف فصح اهـ اتقاني (قوله فكذلك أنه لا يصح) أي الإبراء اهـ البينة
اتقاني (قوله لما فيها من معنى التملك) أي تعليق التملك بالخطر باطل اهـ اتقاني (قوله ففعّل صح) أي أخرج رب الدين أو حط
بعض الدين بأن أبرأ المدين عن بعض الدين اهـ اتقاني وكتب على قوله صح مانصه حتى لا يتمكن من مطالبة في الحال ولا مطالبة ما حط
عنه وعند الشافعي وأحمد يتمكن لأن الدين الحال لا يتأجل بتأجيل صاحبه اهـ من خط قارئ الهداية وكتب أيضا مانصه قال الاتقاني
ولا يقال أنه مكره في فعل التأخير والخط لأنه لو لم يفعل ذلك كان لا يقر لانا لنسلم الأكرام لان الأكرام إنما يكون بالعقوبة والجس ولم يوجد
غاية ما في الباب أنه لو لم يفعل لا يقر ولا يلزم من ذلك عدم الجواز لان الصلح على الانكار أجوز ما يكون لان الصلح إنما يكون عند المنازعة
وهي عند الانكار لا الإقرار اهـ وكتب أيضا مانصه في الهداية ومعنى المسئلة أن يقول ذلك سرا أما إذا قال علانية يؤخذ به اهـ أي يؤخذ
المقر بالمال في الحال بخلاف لأنه إقرار منه بالحق اهـ (فرع ع) قال الاتقاني رحمه الله ونختم الفصل بمسئلة ذكرها في شرح الكافي
في باب الصلح في الدين قال ولو كان لرجل على رجل دراهم لا يعرفان وزنه فصالحه منه على ثوب أو غيره فهو جائز لان جهالة المصالح عنه
لا تمنع صحة الصلح وإن صالحه على دراهم فهو فاسد في القياس لأنه يحتمل أن يدل الصلح أكثر منه لكني أستحسن أن أجيزه لان الظاهر أنه
كان أقل مما عليه لان مبنى الصلح على الخط والاعراض فكان تقديرهما يدل الصلح بشيء دلالة ظاهرة فانه ما عرفناه أقل مما عليه وإن كانا

لا يعرفان قدر ما عليه في نفسه اه **فصل** هذا الفصل في الدين المشترك قال الاتقاني لما ذكر مطلق الدين شرع في الدين المشترك لان الاشتراك عارض والاصل عدم العارض اه وقال بعض الشارحين لما ذكر حكم الدين المفرد شرع في الدين المشترك لان الاثنين بعد الواحد اه (قوله كما في فصل الشراء) أي الآتي في المتن وهو قوله ولو اشتري بنصيبه شيئاً ضمنه ربع الدين اه (قوله لكن الصلح مبني على الخط) ولهذا لا يملك أن يبيعه من ابحة كذا بخط قارئ الهداية اه (قوله والاقتضاء لنفس الدين) في نسخة والاقتضاء انصف الدين اه (قوله لما أن قسمة الدين قبل القبض لا تتصور) سيأتي في كلام الشارح قريباً من هذا التعليل لعدم جواز قسمة الدين قبل القبض اه قال الاتقاني وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو ان القسمة تميز الحقوق وذلك لا يأتي فيما في الذمة ولا في ما لا يقتسم الا اعيان من غير تمييز يصح لعدم التمييز ألا ترى أن صبرة طعام بين شريكين لو قال أحدهما لا أخذه منها هذا الجانب لك وهذا الجانب لي لم يصح لعدم التمييز وكذلك القسمة فيما في الذمة لما لم يميز ولأن القسمة فيها معنى التمايز لان كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضاً عما له في الآخر وتلك الدين لغير من في ذمته لا يجوز فإذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقةين جميعاً فكان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه وان كان أجود منه فان (هـ) الجوده لا يعتبر به في الجنس الواحد ألا ترى أن من عليه الدين إذا أدى أجود منه أجبر صاحب الدين على قبضه وصار كأنه قبض بنفس حقه فأنزه أن يعطيه نصفه وان كان المقبوض أردأ منه فلم يسلم له من دينه الا هذا القدر فلم يلزمه ضمان غيره وإذا ثبت هذا جئنا إلى مسألة الكتاب فقلنا اذا صالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشرى به بالخير ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه لان الدين ثابت في ذمته فكان له أن يرجع عليه بنصفه كما لو اشتري شرى به بنصيبه ثوباً وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريك لان الصلح وقع عن

البينة أو التحليف فيشكل وهو نظير الصلح مع الانكار لان كل واحد منهما مالا ينفي الطوع والاختيار في تصرفه أقصى ما في الباب أنه مضطر لكن الاضطرار لا يمنع من نفوذ تصرفه كبيع ماله بالطعام عند الحاجة

فصل قال رحمه الله (دين بينهما صالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشرى به أن يتبع المدين بنصفه أو يأخذ نصف الثوب من شريكه الا أن يضمن ربع الدين) يعني الا أن يضمن المصالح لشريكه ربع الدين لان أحد الشرىكين لا يختص بالمقبوض من الدين اذا تجاوز قسمة قبل القبض والمقبوض خير من الدين فقسمة أن يضمنه ربع الدين ولا يكون له سبيل على الثوب كما في فصل الشراء لانه أخذ عوضه لكن الصلح مبني على الخط فلو أجزأه ربع الدين لتضرر المصالح لانه قد لا يبلغ قيمة الثوب كما ربع الدين فثبتت له الخيار بين أن يرجع على المدين بنصيبه وبين أن يأخذ نصف ما وقع عليه الصلح واذا رجع على المصالح أثبتت له الخيار أيضاً بين أن يدفع نصف ما وقع عليه الصلح أو ربع الدين دفعا للضرر عنهم ما بقدر الامكان بخلاف فصل الشراء والاقتضاء لنفس الدين لان الشراء مبني على المماكسة فالظاهر أنه استوفى قدر حقه بل أكثر فلا ضرر عليه بالرجوع بربع الدين وفي فصل الاقتضاء قد قبض نصف الحق وهو مشترك بينهما لما أن قسمة الدين قبل القبض لا تتصور لانه معنى في الذمة فيأخذ حصته منه اذا ضرر عليه فيه فجعلنا المقبوض كأنه عين حقه وان كان غيره حقيقة ولهذا ائتمرك القباض وانما يملكه بالقبض لان المقبوض عين والعين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه حتى يتفقد تصرفه فيه ثم يضمن لشريكه حصته لما ذكرنا والدين المشترك أن يكون واجبا بسبب متحد كمن المبيع بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة أو كانا معا عين واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما أو قيمة العين المشتركة المستملكة أو بدل الترض من

نصف الدين وهو مشاع بدليل ما بينا ان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين فصارع عرض الثوب بنصفه من حقه فوقف على اجازته وأخذ له نصف دلاله على اجازة العقد فصح ذلك وجاز فان ضمن لشريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لان حقه في الدين كذا في شرح الاقطع اه (قوله وباعا الكل صفقة واحدة) قال السكاكي رحمه الله ولا بد من قيد آخر وهو أن يراد على هذا ويقال اذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساوا في قدر الثمن وصفته لانهم باعوا صفقة ونصيب أحدهما أكثر ثم قبض أحدهما شيئا لم يكن للاخر أن يشاركه حتى يستوفي الزيادة وكذلك لو كان نصيب أحدهما دراهم (١) نخية ونصيب الآخر سود فقبض السود لم يكن للاخر أن يشاركه ذكره في المبسوط اه وكتب على قوله صفقة واحدة ما نصه واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين حيث لا يكون الشريك الساكت المشاركة ألا ترى الى ما قال في شرح السكاكي عبد بن رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل ثمنه مائة درهم وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل ثمنه مائة وكتب عليه سكاوا واحدا بالف درهم وقبض أحدهما منه شيئا لم يكن للاخر أن يشاركه لانه لا شركة لهما في الدين لان كل دين واجب بسبب على حدة اه غايه (قوله أو قيمة العين) بالجر عطف على ثمن من قوله كمن المبيع اه

(١) قوله نخية كذا في أصل الحاشية وله محرف عن نسية شررا اه

(قوله ثم المصنف) قال الاتفاقى وانما وضع المسئلة في الدين بين شرى يمين لانه اذا ادعى اثنان في دار فصالح أحدهما من نصيبه من الدار على مال لم يشركه الاخر الا ترى الى ما ذكرنا في باب المصالح في الغصب من مختصر الكافي ولو أن رجلين ادعيا في دار دعوى ميراث عن أبيهما فصالح رب الدار أحدهما على مال لم يشركه الاخر فيه ان كان مقرا أو منكر أو كذلك العروض لان في زعمهما أنه باع نصيبه في الميراث وقال الخاصكم أيضا في باب الصلح في العقار ولو أن رجلين ادعيا في يد رجل دارا وقالوا ورثناها عن أبينا وبجد الرجل ثم صالح أحدهما من حصته من هذه الدعوى على مائة درهم وأراد شرى يمينه أن يشركه في هذه المائة لم يكن له ذلك ولم يكن له أن يأخذ من الدار شيئا الا أن يقيم البينة بذلك لما قال شيخ الاسلام في شرح الكافي بقوله لان في زعمه أن يبيع نصيبه من الدار المشتركة بينه وبين أخيه ومن باع نصيبه من مال مشترك بينهما وبين غيره ليس لشرى يمينه أن يشاركه في الثمن لان الثمن بدل ماله لا بدل ملك مشترك قال شيخ الاسلام قال أبو الفضل يعني الحاكم الشهيد ذكر عن (٩٦) ابراهيم بن رستم أن أبا يوسف قال يشاركه وان محمدا قال لا يشاركه لان المذهب عند أبي

المال المشترك بينهما أو يكون الدين موروثا بين اثنين ثم المصنف رحمه الله قيده بكون المصالح عنه دينيا لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببذل الصلح وليس لشرى يمينه أن يشاركه فيه لانه لو كان معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين وقيده بكون المصالح عليه ثوبا وهو اذ خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه أو يرجع على الدين وليس للقابض فيه خيار لانه غير ملزم قبض بعض الدين ولا فرق فيما ذكرنا من الحكم بين أن يكون الصلح عن اقرار أو سكوت أو انكار لان المتدعين يتصادقان على أن لهما على المدعى عليه دين وما يأخذ بدل عنه وزعمهما يكون حجة عليهما ولو أراد القابض أن يختص به ولا يرجع عليه شرى يمينه في قبض فالحيلة فيه أن يهبه الغريم قدر دينه وهو يبرئه عن دينه أو يبيع الطالب كفا من زيب أو نحو به قدر نصيبه من الدين ثم يبرئه عن الدين ويأخذ من الزيب قال رحمه الله (ولو قبض نصيبه شرى يمينه ورجه بالباقي على الغريم) لان قسمة الدين لا تصور والمقبوض بدل عنه فله أن يشاركه فيه ان شاء لانه عين حقه من وجه حتى كان الطالب أن يأخذ منه اذا ظفر به بغير إذن الغريم ويجبر الغريم على القضاء ولا اجبار على المبادلة فاذا كان عين حقه من وجه كان له أن يشاركه فيه بخلاف ما اذا اشترى به ثوبا حيث لا يكون له أن يشاركه فيه لانه مبادلة من كل وجه بل يضمه ربع الدين ان شاء لانه تلف عليه نصيبه وان شاء رجع على الغريم لان حقه عليه في الحقيقة وانما كان له أن يشاركه في الثوب في فصل الصلح كما يلزم المصالح الضرر وهنا انتهى الضرر لما ذكرنا فراجع ربع الدين ثم يرجع على الغريم لاستوائهما في الاقتضاء ولو سلم له المقبوض واختار متابعة الغريم ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض لان التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي له فاذا لم يسلم له رجع عليه كافي الحواله لكن ليس له أن يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة لان حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوى ويعود الى ذمته في مثلها قال رحمه الله (ولو اشترى بنصيبه شيئا ضمته ربع الدين) يعني ان شاء لانه صار قابضا لنصيبه بالمقاصة ولا ضرر عليه لان مبنى البيع على المما كسة بخلاف الصلح على ما بينا ولا يقال قسمة الدين قبل القبض لا تصور فكيف تصور المقاصة فيه لانا نقول قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمنا وانما لا تجوز قصدا

يوسف أن الصلح ليس بمعاوضة بل استيفاء لحقه وأجمعوا أن المتدعي اذا كان دينيا فصالح أحدهما من نصيبه على شرى يمينه يشاركه في الثمن لانه استيفاء على قول الكل اه (قوله لانه لو كان معاوضة من كل وجه) أى ان كان عن اقرار ومعاوضة في زعم المتدعي عليه ان كان عن انكار فلا يثبت للشرى يمين حق الشراكة اه (قوله أو يبيع الطالب) أى من المديون اه (قوله في المتن ولو قبض) أى أحد الشرى يمينين اه (قوله في المتن نصيبه) أى من الدين اه (قوله بخلاف ما اذا اشترى به ثوبا) وهى المسئلة الآتية في المتن اه (قوله لان التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي) قال الاتفاقى لانه انما سلم على

رجع ما في ذمة الغريم فاذا توى لم يسلم اه (قوله رجع عليه كافي الحواله) أى كما اذا مات الحال عليه مفلسا يرجع وهنا المحتال له على التحيل اه (قوله في المتن ولو اشترى بنصيبه شيئا ضمته الخ) قال الاتفاقى وذلك لان أحد شرى الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المديون سلعة وجب على ذمته مثل ما وجب في ذمة المديون فالتقيا فصا صا فصا فكانه قبض نصف الدين فلو استوفى نصف الدين كان لشرى يمينه أن يرجع عليه بحصته من ذلك فكذا هذا اه (قوله ولا ضرر عليه) أى على الشرى يمين المشتري في ضمان ربع الدين اه (قوله بخلاف الصلح) يعني أن أحد الشرى يمين في الدين اذا اشترى بنصيبه سلعة ليس له ان خيار بل يضمن ربع الدين بخلاف ما اذا صالح عن نصيبه على سلعة كالثوب مثلا حيث يكون المصالح بالخيار ان شاء دفع اليه نصف الثوب وان شاء دفع اليه ربع الدين وعند ذفر يلزمه أن يؤدى اليه ربع الدين بالخيار كالأشترى لانه صار به قابضا ونحن نفرق بينهما وجه الفرق أن مبنى الصلح على الخطيطة والتجوز بدون الحق وما صار اليه الا الضرورة داعية فاذا ألزمتا حصته الساكت يلزم الضرر بخلاف الشراء لان مبناه على المما كسة دون التجوز فلا يلزم الضرر في الزام رد السلعة اه اتفاقى

(قوله قبل وجوب دينهما عليه) قال الاتقاني وهو قوله ما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح السكافي في باب الصلح في الدين الى
أجل قال واذا كان رجل دين ألف درهم من عن مبيع فأقر أحدهما أنه كان للمطوب عليه خمسة مائة قبل دينهما فقد برئ
المطوب من حصته ولا شيء للشريك عليه لأن في زعمه أنه قضى دين المطوب بما دأبه أو أقرضه ومن قضى ديناً عليه من مال مشترك ليس
لشريك أن يشاركه ولو اقتضى من دين مشترك كان للشريك أن يشاركه ونحوه في موقوفات لا تقتضي لأن آخر الدينين يحمل قضاءه عن
أولهما أما أولهما لا يحمل قضاءه لأن القضاء لا يسبق الوجوب اهـ (قوله لأنه قضى ديناً كان عليه) أي هو مؤدب دينه لا مسترد دينه اهـ
(قوله ولو أبرأه أحدهما عن نصيبه) أي أو وهبه له اهـ اتقاني (قوله فكذلك لا يضمن) أي لأنه أسقط حقه والاسقاط لا يسمى استيفاء اهـ
اتقاني (قوله كانت قسمة الباقي بينهما على ما بقي من السهام) أي كما إذا أبرأ أحدهما عن (٧٧) نصف دينه والدين عشرون درهما

يكون للبرئ المطالبة بخمسة
دراهم والساكت بعشرة
دراهم اهـ غاية (قوله
والاستحجار بنصيبه كالشراء
بنصيبه) أي حتى لا يرجع
عليه شريكه عندهم
الحصول القبض بالمقاصة
في المبسوط استأجر بنصيبه
داراً من الغريم وسكنها
يرجع الشريك عليه
نصف نصيبه وروى ابن
ماعة عن محمد هذا إذا استأجر
بخمسة مائة مطلقاً أما إذا
استأجر بخصته من الدين
لا يرجع الآخر عليه بشيء
وجعل هذا بمنزلة النكاح
لأن المنفعة ليست عمال
مطلقاً إذا كان كذلك يكون
نصف نصيبه المنفعة فلا يضمن
باعتباره مالا لشريكه اهـ
معراج الدراية (قوله حيث
يرجع عليه) قيل المسألة
المتلف فيها ما إذا ربح النار
على ثوب المدون فأحرقه
أما إذا أخذ الثوب فأحرقه

وهنا وقعت القسمة في ضمن صحة الشراء أو صحة المصالحية وكمن شيء يصح ضمناً ولا يصح قصداً والغريم أن
لا يتبع القابض في الجميع ويرجع على المدين لأن القابض قبض حقه إلا أن له حق المشاركة فكان له أن
يشاركه ولو كان للمطوب على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصاً فلا ضمان
عليه لأنه قضى ديناً كان عليه لما عرف أن آخر الدينين قضاء لا وله ما يوجب الضمان وإنما يجب
بالاقتضاء وكذا المشاركة لا تجب بالقضاء وإنما تجب بالاقتضاء ولو أبرأه أحدهما عن نصيبه فكذلك
لا يضمن لأن البراءة فوق الصلح في التبرع لأنه لم يتبع شيئاً فإذا لم يضمن في الصلح ففي هذا أولى أن لا يضمن
ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي بينهما على ما بقي من السهام لأن الحق عادلي هذا القدر ولو
غصب أحدهما عيناً من المدين أو اشتري منه شراء فاسداً فهلك عنده فهو قبض لأنه بالهالك وجب
لغيره عليه دين فالتقيا قصاصاً ودين الغريم آخرهما فيكون قضاء من الغريم واقضاء من الطالب
فيضمن لشريكه والاستحجار بنصيبه كالشراء بنصيبه حتى يضمن ربع الدين لأن للمنافع حكم المال وعن
محمد رحمه الله أنه إذا أضاف العقد إلى الدين لا يرجع عليه لأنه اتلاف ولو أضرقت أحدهما منافع المطوب
بالنار لا يكون قبضاً عند أبي يوسف رحمه الله حتى لا يرجع عليه شريكه لأنه لم يحصل في يده شيء بخلاف
الغصب ثم الإحراق بالنار حيث يرجع عليه وإن أتلفه بالاحراق لأن الضمان يحصل بالقبض فيستند
إليه فملاكه من ذلك الوقت بخلاف ما إذا أضرقت في يده مالاً من غير قبض وعند محمد رحمه الله هو قبض
فيرجع عليه لأنه بالاحراق وجب عليه الضمان فصار ديناً في ذمته فالتقيا قصاصاً وقدر كذا أن آخر
الدينين قضاء لا أول فصار مقتضياً فيرجع عليه وتزوج أحدهما بنصيبه بأن كان لهما دين على أبرأه
فزوجته عليه نفسها أو على مولى الأمة فزوجها المولى منه عليه أو على المكاتب أو على الأمة المأذون
لها فزوجها عليه باذن المولى ليس بقبض في ظاهر الرواية حتى لا يرجع عليه شريكه لأنه لم يسلم له شيء
يمكنه المشاركة فيه فصار كالخيانة على نفس المدين وكالبراءة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع عليه
لوجود القبض بطريق المقاصة على ما بينا والجميع الأول لأنه اتلاف ولأن النكاح يتعلق بعين الدين
عند الإضافة إليه فملاكه بعينه ثم يسقط عن ذمته كالهبة بخلاف ما إذا لم يضاف العقد إليه بأن سمى
دراهم مطلقاً فوقع التقاض بنصيبه حيث يرجع عليه شريكه بالاجتماع لأنهم لم يملكوا وإنما ملكت
غيره فالتقيا قصاصاً والصلح عليه عن جنابة العمد ليس بقبض لأنه لم يملك شيئاً قابلاً للمشاركة بقبضه ولو أضرقت
أحدهما نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز وشهد معه في رواية ومع أبي حنيفة في أخرى

فالساكت يتبع المحرق بالاجماع اهـ قارئ الهداية (قوله يمكنه المشاركة فيه) أي إذا البضع لا يضمن المشاركة اهـ (قوله ومع أبي حنيفة
في أخرى) قال في الهداية ولو أضرقت أحدهما عن نصيبه سمع عند أبي يوسف اعتباراً بالبراءة المطلق ولا يصح عندهما أن يدي إلى قسمة الدين
قبل القبض قال الاتقاني رحمه الله أعلم أن ذكر الخلاف على هذا الوجه فيه نظر لأن قول محمد مع أبي يوسف في سائر الكتب لا مع أبي حنيفة
ثم قال بعد كلام طويل فعلى هذا يكون ما ذكره صاحب الهداية بناء على اختلاف روايتي الكتابين كتاب الشركة وكتاب الصلح ففي كتاب
الشركة قول محمد مع أبي حنيفة وفي كتاب الصلح مع أبي يوسف اهـ قوله وكتاب الصلح أي من الأصل فمحمد رحمه الله تعالى وكتب ما نصه قال في
معراج الدراية ما ذكره الشيخ من الاختلاف بخلاف رواية الكتاب من المبسوط والاسرار والاصحاح وغيرهما حيث ذكر فيها قول
محمد مع أبي يوسف ثم شهدنا الاختلاف في إنشاء التأخير أم لا وأقر أحدهما الشريكين أن الدين مؤجل وأنكر الآخر صح إقراره بنصيبه

بالاجماع وفي المبسوط وهو حجة أبي يوسف ومحمد فانما يقسمان الانشاء على الاقرار اه قال الاتقاني عقب دليل أبي حنيفة ولا يلزم اذا أقر
بتأخير نصيبه فانه انما يصح اذا أقر بتأخير كله الا أنه ينفذ اقراره في نصيب نفسه وكان في زعمه أن الكل مؤجل وفي زعم الآخر أن الكل
صال أما لو أقر بتأخير نصيب نفسه فحينئذ لا يصح عند أبي حنيفة لانه أقر بما لا يملك انشاءه كذا ذكر في شرح الكافي اه (قوله ولا ي
حنيفة أنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض) أي وهو باطل كما اذا كان لهما ألف درهم سود وألف درهم بيض على رجل فاصطفا على أن
يكون البيض لأحدهما والسود للآخر كان باطلا ولا شك أن فيه معنى القسمة لتمييز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر ونهني من القسمة
هذا اه غاية (قوله لان الحال والمؤجل مختلفان وصفًا وحكمًا) أما وصفًا فلأن أحدهما مؤجل والآخر مجهول وأما حكمًا فلا ساكت أن
يطالب بنصيبه لالاخر لو اقسمة ليست الا لأن يتميز أحدهما عن الآخر وقد صار كذلك اليه أشار في المبسوط وقال في الاسرار عامة
مشايخنا يحتاجون في هذه المسئلة بقسمة الدين قبل القبض وهذا كلام ظاهر الاختلال لان أبي يوسف ومحمد يقولان التأجيل لا يوجب
القسمة لانه تصرف في المطالبة فاصل (٨٨) الدين يبقى على ما كان مشتركًا وتغير صفة الدين وهو المطالبة وتغير صفة النصيب لا يدل

لأبي يوسف رحمه الله انه إبراء مؤقت فيجب بالبراء المؤبد ولانه تصرف في خالص حقه فلا يمنع منه
ولا يكون ذلك قسمة الدين بل يبقى كل واحد من النصيبين على الشركة وذلك بأن يكون المؤجل بينهما
إذا حل الاجل ويرجع المؤخر على القبض عند حلول الاجل ولا يحنيفة رحمه الله أنه يؤدي
إلى قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز فيه لان القسمة فيها معنى تمييز الحقوق والافراز وفيها معنى
التملك والمبادلة والدين لا يتصور فيه التمييز ولا يجوز تملكه من غير من عليه الدين لانه وصف في الذمة
فيبطل وانما قلنا بأنه يؤدي إلى قسمة الدين لان الحال والمؤجل مختلفان وصفًا وحكمًا حتى لا يطالب
الساكت بنصيبه في الحال فكيف يتصور هذا الاختلاف بينهما من غير قسمة وهل دعوى عدم القسمة
فيه بعد ذلك الادعوى المحال ولان فيه ضررًا على شريكه بأن يجعل مؤنة الطلب عليه فقط بيانه أن
الساكت يطالب بنصيبه في الحال فاذا خلاص منه رجع عليه هو بنصيبه عند حلول الاجل ثم يرجع
على الغريم فيه ونحوه ونصيبه أيضًا مثل ما آخر في الاول فيطالب الساكت بنصيبه فاذا خلاص منه رجع
عليه به عند حلول الاجل ولم يزل يعمل هكذا إلى أن يستوفى الكل وفيه تفويت غرضه عنه من وصول
حقوقه في الحال وهذا ضرر ظاهر لا يخفى على أحد فلا يمكن منه كما لا يمكن أحد الشرىكين أن يكاتب
نصيبه بغير رضا الآخر بخلاف الإبراء لانه لا ضرر عليه فيه وهو أيضا لا يؤدي إلى قسمة لان القسمة
انما تكون مع بقاء النصيبين ملكًا للشرىكين ولم يبق للبري فيه ملك فلا تكون قسمة وانما هو اتلاف
لنصيبه فقط وذلك جائز قبل القسمة ألا ترى أنه لو أقر بنصيبه من الدين لإنسان صح اقراره وصار ملكًا
للمقر له لكونه اتلافًا لنصيبه ولو كان قسمة لما جاز ذلك قال رحمه الله (وبطل صلح أحد ربي السلم عن
نصيبه على ما دفع) أي على ما دفع من رأس المال وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز
هذا الصلح وانما شرط أن يكون هذا الصلح على رأس المال لانه لو كان على غيره لا يجوز بالاجماع لما فيه
من الاستبدال بالمسلم فيه لأبي يوسف رحمه الله أنه تصرف في خالص حقه فيجوز كافي سائر الديون وهذا
لان الصلح فيه على رأس المال كالصلح في غيره على ما أراد من المال ألا ترى أنه يجوز اذا أجازه شريكه

على انقطاع الشركة ألا ترى
أن أحدهما لو أقر أن نصيبه
لفلان صح وقد تغير صفة
الملك فانه كان مضافًا إليه
والآن صار مضافًا إلى غيره
وكذا لو كان عينًا لا يحتمل
القسمة فهو ب أحدهما
نصيبه لا حنبي وسلم صح
والشركة باقية لكن قال
شمس الأئمة السر نحسى ان
نصيب أحدهما يصير مخالفًا
لنصيب الآخر وصفًا وحكمًا
إلى آخر ما ذكرنا وبهذا
تحقق القسمة قال في النهاية
واقول ما قالت حذام اه
معراج (قوله حتى يطالب)
يوجد في نسخ عديدة حتى
لأبائنا لا والصواب حذفها
بأيديهم قوله بعد هذا بسطر
بيانه الخ اه شاهدت لا بآية
في خط الشارح رحمه الله

والصواب حذفها اه (قوله أن يكاتب نصيبه بغير رضا الآخر) فلو كاتبا أحدهما كان لالاخر أن يبطل الكتابة ذكره ويشاركه
في النهاية اه (قوله بخلاف الإبراء) يعني لو أبرأ أحدهما للمدين عن نصيبه فانه يجوز بلا خلاف اه (قوله ولم يبق للبري فيه) أي نصيبه
اه (قوله في المتن وبطل) أي بطل بدون اجازة الشرىك أي لم ينفذ ويتوقف على اجازة شريكه فان رده بطل الصلح أصلاً وبقي المسلم فيه
بينهما على حاله وان أجازة نفذ عليهم ما فيكون نصف رأس المال بينهما وباقي الطعام بينهما اه اختيار (قوله في المتن صلح) سماه صلحًا مجازًا
أذهب في الحقيقة اه من خط قارئ الهداية وكتب على لفظ المتن ما نصه معناه أن أحد شرىكي السلم إذا صلح من نصيبه من المسلم
فيه على نصيبه من رأس المال بان أراد أن يأخذ رأس ماله ويفسخ عقد الشركة جاز عند أبي يوسف وخلافهما اه اتقاني (قوله على ما دفع)
من رأس المال) الا أن يجيزه شريكه اه اتقاني نقلاً عن التقريب اه وسأتي في كلام الشارح قريباً اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة
ومحمد رحمه الله) وقد ذكرنا خلافه في الاصل وفي شرح الطحاوي لا سيما في المختلف والحصر والمنظومة وكتاب التقريب للقدوري
وغير ذلك وقال في شرح الاقطع لم يجز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز الصلح وجعل قول محمد مع أبي يوسف اه اتقاني

(قوله وكأله نصيبه في البيع المعين) أي كما إذا اشتري بغيره ما قال أحدهما في نصيبه اه (قوله ولهما المثلخ) قال الاتقاني ولهما أنه لو جاز صلح أحدهما لا يخلو ما أن يجوز في نصيبه خاصة أو في نصف من نصيبهما جميعا فإن جاز في نصيبه خاصة يلزم قسمة الدين قبل القبض وذلك فاسد لما يناقضه هذا عند قوله ولو آخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف وعند قوله وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب وإن جاز في نصف من النصيبين جميعا يكون ذلك فسخا في حق شريكه وهو لا يملك ذلك فلا بد من رضا الآخر لأن الفسخ في باب السلم بولاية العقد فإن المسلم فيه حادث بالعقد ليس بمحسوس لأنه ثابت في الذمة فصار العقد أصلا فيه واستندت ولاية الفسخ إلى العقد والعقد قائم بهما فلا ينفرد أحدهما بالفسخ اه (فرع) وحاصله أنهما اعتبر جانب (٩٩) العقد لأن به يصير المسلم فيه موجودا بخلاف شراء العين فإنه موجود قبل العقد وأبو يوسف اعتبر جانب الدين فما

قوله أبو يوسف ظاهر لأن المسلم فيه دين كسائر الديون وما قاله أدق في الفرق كذا في المبسوط والأسرار اه (قوله وفي السلم فيه لا يثبت الملك إلا بالعقد) أي لأنه دين ثبت بالعقد وقبل العقد لم يكن موجودا اه (قوله ولأنه يلزم المثلخ) يعني لو جاز صلح أحدهما على رأس المال كما قال أبو يوسف لشاركه الشريك الآخر في المقبوض من رأس المال فإذا شاركه وأخذ منه حصته رجوع الشريكين المصالح بملك القدر من المسلم فيه على المسلم إليه لأنه لم يسلم له ذلك القدر بالصالح الواقع بين المصالح والمسلم إليه وقد كان ذلك القدر ساقطا بالصالح ثم عاد فيلزم عود السلم بعينه سقوطه وذلك باطل لأنه يلزم من نفيه ثبوته اه (قوله

ويشاركه في المقبوض ويرجعان على الغريم فإذا كان كذلك وجب أن يتنذ في حقه ثم يكون لشريكه الخيار أن شاء شاركه فيما قبض ويكون الدين بينهما وإن شاء رجع على المسلم إليه كسائر الديون وكأله نصيبه في البيع المعين ولهما أن هذا العقد حقهما فلا ينفرد أحدهما بفسخه وهذا لأن المسلم فيه لم يكن موجودا قبل العقد وجوز أن تصرف فيه باعتبار وجوبه بالعقد والعقد قد تم بما فصار لكل واحد منهما بالتصرف كسائر العلة وشطر العلة لا يثبت به شيء من الحكم ما لم يتم ذلك بإجازة الآخر كما لو زوج أحد المعتقين المنة بخلاف شراء العين فإن العين أصل وجود العقد حتى لا يجوز العقد إلا بوجودها فكذا تكون أصلا لصحة الرفع لأن العين موجودة حسا ومعاينة قبل العقد وكان لكل واحد منهما ولاية التصرف فيها ولا يستفيد من العقد فكذا دفعه تمام العلة فيها وفي السلم فيه لا يثبت الملك إلا بالعقد ولا ولاية التصرف فيه إلا به فكان فعلهما علة ثبوت الشركة والولاية ولأنه لو جاز في نصيبه خاصة بدون إذن شريكه لكان قسمة للدين وهو في الذمة ولو جاز في نصيبهما من غير إذنه فلا بد من إجازته دفع الضرر عنه ولأنه يلزم من رجوع شريكه عليه عود الدين وهو المسلم فيه إلى ذمته والمسلم فيه لا يعود به بعد سقوطه ولهذا لو تقايلا ثم فسخا لا قاله لا تنسخ بخلاف بيع العين ويلزم منه أيضا أن يجوز صلحه ثانيا حتى يسقط عنه ما عاد إلى ذمته وكذا بالثأر وأما إلى أن لا يبقى منه شيء لأن غرضه براءة ذمته وإن يحصل ذلك إلا بسقوط الكل هذا إذا كان رأس المال مخلوطا فلا إشكال فيه وإن لم يخلطاه ونسب كل واحد منهما على حدة اختلفوا فيه فقال بعضهم يجوز عندهما أيضا لأن المانع كونه يؤدي إلى العود بعد سقوطه ولم يوجد هذا المعنى هنا لأن الدافع يأخذ منه ما دفعه إليه وليس إلا أن يشركه فيه لأنه لم يدفع إليه شيئا آخر فلا يؤدي إلى عوده بعد سقوطه وقال بعضهم هذه الصورة أيضا على الخلاف لأن عدم الجواز عندهما السكون يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض أولان العقد حقهما ما إلى آخر ما ذكرنا وقد وجد هذا المعنى هنا فلا يجوز وهو الصحيح لأن العلة التي ذكرناها كل واحدة منها مبطلة لكن عند عدم انحلال بطل واحدة وعند وجود انحلال بطل ولأن من أجاز له لم يجزه إلا لعدم العلة المعينة وذلك لا ينقض صحة لعدم الحكم بل جواز تداف العلة على حكم واحد فعدم بعض الأيدل على عدم الحكم بل جواز أن يخلفه غيره على أن لا نسلم أن صاحبه لا يشاركه في المقبوض إذا لم يخلط المال بل له أن يشاركه فيه لأن الشركة فيه إنما تثبت لكونهما مشتركا في دين السلم والشركة في دين السلم ثابتة بسبب اتحاد العقد ولهذا لا يثبت أحدهما شيئا من المسلم فيه إلا شاركا فيه صاحبه ولا تأثر انحلال المال فيه ولا لعدمه فكذا في رأس المال عند الفسخ فكان الاحتجاج به باطلا قال رحمه الله (وإن أخرجت الورثة

(٧ - زباني خامس) وهو المسلم فيه إلى ذمته أي ذمة المسلم إليه اه (قوله ولهذا التقايلا) أي في السلم اه (قوله ويلزم منه أيضا أن يجوز صلحه) أي صلح المسلم إليه اه (قوله هذا إذا كان رأس المال مخلوطا) قال في الهداية قالوا هذا إذا خلط المال قال الاتقاني أي قال المتأخرون من مشايخنا هذا الخلاف فيما إذا خلط رأس المال وكان رأس المال مشتركا بينهما أو لاسا في قبلاهم نظر لأن محمد ذكر المسئلة في باب الصلح في السلم بين الرجلين على الخلاف المذكور ولم يتعرض للخلاف وعدمه بل أطلق الجواب والحكم الشبه بوضع المسئلة في مختصر السكاكي في كتاب الصلح فيما إذا لم يخلطوا وصرح بذلك ووضعها في كتاب البيوع فيما إذا انفرد رأس مال مشترك بينهما وذكر خلاف أبي يوسف في الموضوعين كما بينا اه (قوله في المتن وإن أخرجت الورثة المثلخ) في الهداية عقد لهذا فصلا فقال فصل في التخيارج قال الاتقاني معنى التخيارج أن يصالح بعض الورثة من نصيبه على شيء فيخرج من البين وإنما أخر هذا الفصل لأنه وقوعه لأن كل أحد لا يرني بأن يخرج من البين

بشيء يأخذه لان الظاهر ان الذي يأخذه دون نصيبه اه (قوله ولا يتصور البراء) أي لان البراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح اه
 (قوله وفيه الاثر) أي عن عثمان رضي الله عنه (قوله أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف) أي كان طلقتها في مرضه فاختلقت الصحابة
 في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطرو كانت له أربع نسوة فخطها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءاً من التركة فصالحوها على نصف
 ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وعشرين ألفاً وقد ذكر محمد بن الألف مطلقاً ولم يفسر ما رآه من أودناير
 وذكر ثلاثة قبيل الثمانين ولم يذكر اسم المصلحة ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبيل
 الثمانين وفسر الثمانين بالدينار اه اتقاني ثم قال قال الواحد في كتاب أسباب نزول القرآن في راحة قوله تعالى الذين يلزقون المطويعين
 وقال قتادة وغيره حدث رسول الله صلى الله عليه وسلم على الصدقة فجاءه عبد الرحمن بن عوف بأربعة آلاف درهم وقال يا رسول الله
 مالي ثمانية آلاف جعلت نصفها فاجعل له في سبيل الله وأمسكت نصفها العيال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بارك الله لك فيما
 أعطيت وفيما أمسكت فبارك الله في مال عبد الرحمن حتى أنه خاف امرأتين حين مات فبلغ ثمن ماله لهما مائة وستين ألف درهم ففي هذا
 الحديث دليل ان جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فان ما لا يبلغ الصلح عن ربع ثمنها هذا المبلغ يكون مما لا يحصى عدده والظاهر ان
 قدره وقت الصلح لا يكون مستدر كافلاً يكون (٥٠) نصيب المصلحة مستدر كافلاً اه اتقاني وكتب ما نصه قال الكاكي رحمه الله

أحدهم عن عرض أو عقار بمال أو عن ذهب بفضة أو بالعكس) أي عن فضة بذهب (صح قل أو أكثر)
 يعني قل ما أعطوه أو أكثر لانه يحمل على المبادلة لانه صلح عن عين ولا يمكن جعله على البراء اذ لا دين عليهم
 ولا يتصور البراء عن العين وبيع العقار والعروض بالقليل والكثير جائز وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم
 الربا لاختلاف الجنس وفيه الاثر أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته عن ربع ثمنها
 على ثمانين ألف دينار وقيل على ثلاثة وعشرين ألفاً بمحض من الصحابة رضي الله تعالى عنهم وروى أن
 ذلك كان نصف حقه وروى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه ما أنه قال يتخارج أهل الميراث أي
 يخرج بعضهم بعضاً بطريق الصلح ولا يشترط أن تكون أعيان التركة معلومة لانه لا يحتاج فيه الى التسليم
 وبيع ما لم يعلم قدره فيه جائز كمن أقر بخصب شيء فباعه المقر له من المقر جاز وان لم يعرف قدره لم يذ كرنا
 ذكره في النهاية مخرجا الى الذخيرة والى التهمة وقال لا تشترط معرفته بالاتفاق وقال ذكره في التهمة وقال
 صاحب الهداية فيما اذا وقع الصلح عن ذهب بفضة أو وقع عن فضة بذهب يعتبر التقابض في المجلس
 لانه صرف غير أن الذي في يده بقية التركة ان كان واحداً يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينبوب عن
 قبض الصلح وان كان مقرا يعني مقرا غير مانع لأبداً من تجديد القبض لانه قبض أمانة فلا ينبوب عن قبض
 الصلح وهذا يشير الى أن العلم به شرط لان قبض المجهول لا يمكن ثم ذكر بعده روايتين فيما اذا وقع
 الصلح عن المكيل أو الموزون وانما لا ينبوب هذا القبض عن قبض الصلح لان قبض الأمانة لا ينبوب عن
 المضمون فلا بد من تجديده بأن ينتهي الى مكان يمكن من قبضه بالتخمين والمضمون ينبوب عن الأمانة
 وعند اتحاد التبعين ينبوب أحدهما عن الآخر كالمضمون عن المضمون أو الأمانة عن الأمانة قال رحمه الله

فهذا دليل ثروة عبد الرحمن
 رضي الله عنه وقد كان
 قاسم الله ماله في حياته أربع
 مرات في كل مرة تصدق
 بنصفه وأمسك نصفه فدل
 ذلك على أنه لا بأس بجمع
 المال واكتساب الغنى من
 الحل فان عبد الرحمن رضي
 الله تعالى عنه من عليه
 الصحابة رضي الله عنهم
 والعشرة المبشرة ولكن ترك
 الجمع والاستكثار وانفاق
 المال أولى لانه طريق اختياره
 رسول الله صلى الله عليه وسلم
 قال عليه الصلاة والسلام
 اللهم أحيني منكم
 الحديث اه (فرع)

الندب الى الصلح وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصططحوا فان فصل القضاء يحدث بينهم (وعن
 الضمائن قال مشايخنا هذا في حال اشتباه وجه القضاء أما في حال ظهور وجه القضاء فينبغي أن يقضى بينهم لان في الدعاء الى الصلح أمر
 لاحد ما يترك بعض حقه وما ينبغي للقاضي أن يفعل ذلك والصحيح أنه يجوز دعاؤه مالى الصلح بطريق الندب لا بطريق الإلزام لما قال
 من الفائدة وهو صيانتهم ما عن الوقوع في العداوة وينبغي أن لا يدعوهم الى ذلك الا مرة أو مرتين فان أبا عن ذلك يفصل بينهم ما بالقضاء
 وينبغي أن لا يتولاه بنفسه ولكن يردهما الى من يسمعان قوله من أهلهم لان صاحب الحق عسى أن يحتشم من القاضي فيترك بعض حقه
 حشمة من القاضي وفي بعض الروايات ردوا الخصوم من ذوى الارحام الى أهلها والصلح في حقها أندب احترازاً عن قطيعة الرحم اه
 اتقاني (قوله وبيع ما لم يعلم قدره فيه) أي في التخارج اه (قوله كمن أقر بخصب شيء) أي أو أقران فلاناً أو دعه شيئاً اه نهاية (قوله
 لان قبض المجهول الخ) قبض المجهول العين هو الذي لا يمكن أمما مجهول القدر فيمكن قبضه والكلام فيه اه قارئ الهداية (قوله ثم
 ذكر بعده روايتين فيما اذا وقع الصلح الخ) الذي ذكره من الروايتين انما هو فيما اذا وقع الصلح عن المكيل والموزون وأعيان التركة غير
 معلومة بناء على أنه محتمل أن يكون في التركة مكيل أو موزون من جنس ما وقع عليه الصلح فيكون ربا أو شبهة الربا كذا بخط قارئ
 الهداية رحمه الله

(قوله وقال الحاكم) أي أبو الفضل اه (قوله وجه ذلك الخ) قال الاتقاني قال شيخ الاسلام الاسي جاني قال أبو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من نصيبهم من العين في حالة التصديق وقد بين ذلك في موضع آخر من هذا الكتاب أي من مختصر الكافي أما في حالة المناكحة فالصلح جائز لانه ان لم يكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطا ثم قال شيخ الاسلام الاسي جاني أي قال يكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا اه قوله (٥١) قال شيخ الاسلام الاسي جاني أي قال

في شرح الكافي اه (قوله ولا في حق الدافع) أي لان في حال المناكحة المدعي يعطى المال ليقطع المناكحة ويفسد عينه فلا يمكن الربا الى هذا أشار محمد بن عبد الله اه ذخيرة (قوله ثم قال كذا في مبسوط شيخ الاسلام) أي شيخ الاسلام خواجه رزاده اه قال الاتقاني والجواب عن النقض الذي قال خواجه رزاده ما ذكرناه قبل هذا من اختلاف المشايخ حيث قال بعضهم هذا قول أبي حنيفة خاصة وعلى قولهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقال بعضهم هذا قول الكل لكن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والخن اه وقال الكاكي وفي الكافي قيل هذا عند أبي حنيفة أما عندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق اه ما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والخن اه (قوله في المتن واحد اه) يعني اذا شرط الورثة

(وعن نقدين وغيرهم ما بأحد التقدين لا مال يمكن المعطى أكثر من حظه منه) أي لو صلح عن الفضة والذهب وغيرهم ما من العروض والعقار على الذهب والفضة لا يجوز الصلح حتى يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون قدر نصيبه بنصيبه والزائد بحقه من بقية التركة لانه لما حصل على المعاوضة لتعذر جملته على الأبرار من الأعيان وجب اعتبار شرط المعاوضة فيه وذلك بما ذكرنا لانه لو أعطوه قدر حقه أو أقل بكون العروض أو العروض وبهض الذهب أو الفضة حاصل لهم بلا عوض فيكون ربا وكذا اذا لم يعلم قدر نصيبه لاحتمال الربا لان الفساد على تقدير أن يكون مساويا له أو أقل فكان أرجح وأولى بالاعتبار وقال الحاكم الشهيد انما يبطل على أقل من نصيبه في مال الربا في حالة التصديق وأما في حالة التناكر بان أنكر أو ورائته فيجوز ووجه ذلك أن في حالة التناكر ما يأخذه لا يكون بدلا لا في حق الأخذ ولا في حق الدافع هكذا ذكره المرغيناني فلا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفا في قدره ولو كان بدل الصلح عرضا في الصور كلها جاز مطلقا فلا كان أو كسيرا قبض في المجلس أو لم يقبض لهدم الربا اذا كان بدل الصلح دراهم أو دنانير صرح الصلح كيفما كان لانا تصرف الجنس الى خلاف الجنس تصحيحا للعقد كما في البيع بل أولى به لان المقصود من الصلح قطع المناكحة ولكن يشترط التقابض فيه قبل الافتراق لانه صرف قال رحمه الله (ولو في التركة دين على الناس فأخرجوه لكون الدين لهم بطل) لان فيه عليك الدين وهو نصيبه من غير من عليه الدين وهم الورثة قبطل فيه ثم تعدى الى الكل لان الصفة واحدة سواء بين حصص الدين أو لم بين عند أبي حنيفة رحمه الله وينبغي أن يجوز عنده ما في غير الدين اذا بين حصصته وأصل الخلاف فيما اذا جمع بين حر وعبد أو شاة ذكيت وميتة وباعها مصفة واحدة وبين حصص كل واحد منهم ما من الثمن بطل في الكل عنده وعندهما صرح في العبد والذكية وفي النهاية ترد على هذه المسئلة يعني مسألة الصلح على قول أبي يوسف ومحمد فيما اذا سلم حنطة في شعير وزيت فانهم ما قالوا يصح في حصص الزيت ويفسد في حصص الشعير وههنا قالوا فسد في الكل قال هذا ما يحفظ ثم قال كذا في مبسوط شيخ الاسلام ويمكن أن يقال مرادهما في مسألة الصلح فيما اذا لم بين ما يقابل كل واحد منهم ما في مسألة السلم اذا بين توفيقا بينهما وتصحيحا لقاعدتهما قال رحمه الله (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه) أي من الدين (صح) لانه اسقاط أو عليك الدين من عليه الدين وكل ذلك جائز وقال صاحب الهداية وهذه حيلة الجواز وأخرى أي حيلة أخرى أن يجاوزوا قضاء نصيبه متبرعين ثم قال وفي الوجهين ضرر بقية الورثة والوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عمارا والدين ويحيطهم على استيفاء نصيبه من الغرماء وهذا في الوجهين ظاهر لانهم اذا أعطوا المصالح شيئا بمقابلته الدين أو قدر الدين ولم يحصل لهم الدين فقد حصل لهم ضرر دينوي وليس في الصورة الثالثة مثل ذلك من الضرر لانهم وان خرج منهم قدر الدين لكن حصل لهم الدين بمقابلته فانتفى عنهم الضرر لان ضرر النقدان العين خير من الدين والوجه منه أن يبيعوه كفاسا من قرأ أو نحوهم بتدرا الدين ثم يحيطهم على الغرماء أو يحيطهم ابتداء من غير بيع شيء ليقبضوه له ثم يأخذوه لانفسهم ولو كانت أعيان التركة غير معاومة وليس فيها مكيل ولا موزون فصالح على مكيل أو موزون

أن يبرأ المصالح من نصيبه من الدين الغرماء وهم المديون ولا يكون الرجوع اسائر الورثة بعد ذلك على الغرماء نصيب المصالح ببيع الصلح اه اتقاني (قوله لانه استنط) أي للدين من ذمة المديون اه (قوله وهذه حيلة الجواز) أي في الصلح اذا كان في التركة دين اه (قوله ثم قال وفي الوجهين ضرر بقية الورثة) أي لان في الوجه الاول لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وفي الوجه الثاني ضرر النقدان لان النقدين خير من الدين اه اتقاني

(قوله هذا هو الصحيح) في فتاوى قاضي خان والصحيح ما قاله أبو جعفر اه (قوله فتصير حواله) لان الكفالة اذا كانت بشرط براءة الميت كانت حواله فينتقل الدين الى ذمة الحال عليه وهو المكفيل فتخلوا التركة عن الدين فتنتقل القسمة بخلاف ما اذا لم تكن بشرط براءة الميت اه اتقاني

(٥٢)

كتاب المضاربة

والاصل في جواز المضاربة الكتاب والسنة والآثار التي ذكرها محمد في الاصل واجماع الامة قاله الاتقاني ثم قال قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي والقياس أن يكون عقد المضاربة فاسدا لانه في الحقيقة استئجار العامل باجر مجهول أو ممدوم على عمل مجهول ولهذا لو فسد كان اجارة بالاجماع وجهالة العمل والاجر توجب فساد الاجارة الا أنا استحسننا وجوزناها لما ذكرنا من الدلائل اه (قوله وعمل) هكذا ضبطه الشارح بالرفع اه (قوله والمراد بالشركة الشركة في الربح) أي لان المضارب لا شركة له في رأس المال اه (قوله لا تكون مضاربة) أي بل بضاعة ان شرط جميعه لرب المال أو قرضا ان شرط للمضارب اه وكتب مانصه قال الاتقاني هي دفع المال الى الغير ليخبر به على أن يكون الربح الحاصل فيه بينهما على ما شرط اه (قوله وهو

قال ظهير الدين المرغيناني لا يجوز هذا الصلح لمافيه من احتمال الربا بأن يكون في التركة مكيل أو موزون من جنسه فيكون في حقه بيع المقدر بجنسه جزافا وقال النقيسه أبو جعفر يجوز لانه يحتمل أن لا يكون في التركة من جنسه ويحتمل أن يكون فيها وإذا كان فيها يحتمل أن يكون الذي وقع عليه الصلح أكثر وان احتماله أن يكون مثله أو دونه هو احتمال الاحتمال فنزل الى شبهة الشبهة فالشبهة هي المعتبرة دونها هذا هو الصحيح وهذا يدل على أن الصلح مع جهالة التركة يجوز وقيل لا يجوز لانه بيع وبيع المجهول لا يجوز والاول أصح لان الجهالة هنا لا تنفي الى المنازعة لانها في يد بقيسة الورثة فلا يحتاج فيها الى التسليم حتى لو كانت في يد المصالح أو بعضها لا يجوز حتى يصير جميع ما في يده معا وما لا حاجة الى التسليم قال رحمه الله (ولو على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة) لان الورثة لا يمكن أن يكون التركة في هذه الحالة لان الدين المستغرق يمنع من دخول التركة في ملك الوارث لان حاجته مقدمة على الارث ولو ضمن رجل بشرط أن لا يرجع في التركة جاز الصلح لان هذا كفالة بشرط براءة الاصيل وهو الميت فتصير حواله فيخلو مال الميت عن الدين فيجوز تصرفهم فيه وان لم يكن مستغرقا بالدين لا ينبغي لهم أن يقسموه أو يصالحوا عنه وان فعلوا ذلك جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز لان كل جزء من أجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الاولوية بالصرف الى جزء دون جزء فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله في ملك الورثة وجهه الاستحسان ان الانسان لا يخاف من دين قليل فلو منع غير المستغرق منه ثلث الوارث أدى الى المخرج أو الى أن لا يملكوا أصلا فقلنا بأنهم يملكونه دفعا للضرر عنهم الا أنهم يرفعون من التركة قدر الدين ويترك حتى يقضى به الدين كي لا يحتاجوا الى نقض القسمة والله أعلم

كتاب المضاربة

قال رحمه الله (هي شركة بمال من جانب وعمل من جانب) يعني المضاربة عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر هذا في الشرع والمراد بالشركة الشركة في الربح حتى لو شرط فيها الربح لاحدهما لا تكون مضاربة على ما بين وقيل هي عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرط فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لانه نعمة ملكه والمضارب باعتبار أنه تسبب لوجود الربح وهي في اللغة مفاعلة من الضرب في الارض وهو السير فيها قال الله تعالى وآخرون يضرهون في الارض يعني الذين يسافرون للتجارة وسمى هذا العقد به لان المضارب يسير في الارض غالباً لطلب الربح ولهذا قال الله تعالى يضرهون في الارض يضرهون من فضل الله وهو الربح وأهل الجواز يسمون هذا العقد مقارضة وهو مشتق من القرض لان صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل وأصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة لما تلونا من نظم الآية وهي مشروعة لشدة الحاجة اليها من الجانبين فان من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدي الى التصرف ومنهم من هو بالعكس فشمرت لتنظيم مصالحهم فانه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعامون فيها فتركهم عليها وتعاملها الصحابة رضي الله عنهم ألا ترى الى ما روي أن عباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مالا مضاربة شرط عليه أن لا يسلك به بحرا وأن لا ينزل واديا ولا يشتري ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن

السير فيها) أي لان غرض العاقدين حصول الربح ولن يحصل ذلك عادة الا بالضرب في الارض اه اتقاني فبلغ (قوله وآخرون يضرهون في الارض) وقال تعالى واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة وأطلق اسم المضارب على العامل لانه مضارب في الارض لا على رب المال لانه طالب للضرب اه اتقاني (قوله أن عباسا) الذي بخط الشارح ان عباس اه

(قوله وهو معلوم) اما تسمية أو إشارة اه غاية (قوله وحكمها أنواع ابداع) ليس هذه احكامها وانما هي حالات المضارب وأوصاف اه
من خط قارئ الهداية (قوله لاعلى وجه البذل) احتراز عن المقبوض على سوم الشراء (٣٣) فانه مقبوض بالقيمة اه غاية (قوله

والوثيقة) احتراز عن الرهن
فانه مضمون بالاقبل من
قيمة ومن الدين اه غاية
(قوله أو أقرضه الخ) هذه
الحيلة الثانية عزاه الاثني
لشرح الطحاوي ولم يذكر
غيرها اه (قوله ثم يدفع
اليه الدرهم) أى على أن
يكون رأس مال المقرض
ورأس مال المستقرض
جميع ما استقرض على أن
يعمل فيه جميعا ويشترط
الربح بينهما ثم بعد ذلك
يعمل المستقرض خاصة
في المال اه اتقاني (قوله
وان هلك ملك عليه) أى
على المستقرض اه (قوله
فيضمن) أى ويكون الربح
بعد ما صار مضمونا عليه
للمضارب ولكن لا يطيب له
عند أبي حنيفة وشيخه
وعند أبي يوسف يطيب له
كما انما صواب والمردع
اذ تصرفا وربحا لا يطيب
لهما الربح على الاختلاف
كذا في شرح الطحاوي اه
غاية (قوله وقال مالك تجوز
بالعروض) وما كتب في
بعض كتب أصحابنا أن
عند مالك تصح المضاربة
بالعروض لا أجده في كتبهم
بل ذكر فيها لا تصح بالعروض
اه معراج (قوله والمضاربة
بغير التقود تؤدى اليه)

فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه فصارت مشروعة بالسنة والاجماع وشرطها أن
يكون رأس المال من الاثمان وهو معلوم والربح بينهما شائعا ونصيب كل منهما معاوما وأن يكون معاينا
مسمايا اليه فان فقد شي من هذه الاشياء فسدت وركنها أن يقول دفعت هذا المال اليك مضاربة أو
معاملة أو أخذ هذا المال واعمل به على أن مارزق الله تعالى بينهما نصفان أو نحو ذلك من اللفاظ التي ثبتت
بها المضاربة وحكمها أنواع ابداع ووكالة وشركة واجارة وغصب وأنواعها عامة وخاصة على ما يجي على
واحد منه مفصلا قال رحمه الله (والمضارب أمين وبالقصر وكيل وبالربح شريك وبالفساد أجير
وبالخلاص فاضل وبالشرايط كل الربح له مستقرض وبالشرايط لرب المال مستبضع) يعني يدفع المال
اليه على وجه المضاربة يكون آمينا لانه قبضه باذن مالكه لاعلى وجه البذل والوثيقة وإذا أراد أن
يجعله عليه مضمونا أقرضه رأس المال كله ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى
المستقرض يستعين به في العمل فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط وأخذ رأس المال على أنه
بدل القرض وان لم يربح أخذ رأس المال بالقرض وان هلك هلك على المستقرض وهو العامل أو أقرضه
كاه الادره مامنه وسلمه اليه وعقد اشركة الثمان ثم يدفع اليه الدرهم ويعمل فيه المستقرض فان ربح كان
بينهما على ما شرط وان هلك هلك عليه وانما صار وكيل بالتصرف لانه متصرف في ملك بآمره وهذا
معنى الوكالة وانما صار شريكا لانه اذا ربح كان له هو المقصود من عقد المضاربة فصارت ثبوت الشركة من
ضرورة صحتها وصحة الاشتراط وانما صار أجيرا اذا فسدت لان الواجب له فيها أجر المثل كالاجارة اذا
فسدت وهو بدل عله لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة وكذا عامر غير داخل تحت المضاربة ولم يربح
بالعمل مجانا فيجب له أجر المثل بخلاف الشريك حيث لا يستحق أجره اذا فسدت لان استحقاقه الربح
بالمال لا بالعمل ثم لا يرد على المسمى عند أبي يوسف بخلاف محمد رحمه الله على النحو الذي ذكرنا في
الشركة وانما صار فاضلا للاف لو جهود التهدي على مال الغير كالغصب وهذا لان صاحب لم يرض
أن يكون في يده الاعلى الوجه الذي أمر به فاذا خالف فقد تعدى فصار فاضلا فيضمن وانما صار
المضارب مستقرضا باشتراط كل الربح له لانه لا يستحق الربح كله الا اذا صار رأس المال ملكا له لان
الربح فرع المال كالثمرة للشجر وكالولد للحميان فاذا شرط أن يكون جميع الربح له فقد ملكه جميع
رأس المال مقتضى مقتضيه أن لا يرد رأس المال لان التملك لا يقتضي الرد كالهبة وغيره لكن لفظة
المضاربة تقتضي رد رأس المال فغلطنا مقرضا لاشتماله على المعين عملا بهما ولان القرض أدنى التبرعين
لانه يقطع الحق عن المعين دون البذل والهبة تقطع عنهم ما فكان أولى لكونه أقل ضررا وانما صار
مستبضعا باشتراط جميع الربح لرب المال لان المضارب لم يطلب لعمله ولا وعمله لا تقوم الا بالتسمية فكان
وكيلا متبرعا فلهذا هو معنى البضاعة فكان نص عليها قال رحمه الله (وانما تصح بما تصح به الشركة)
ومعناه لا تصح الا بما تصح به الشركة وهي الدراهم والنائير لا غير عندهما والفلس النافقة عند محمد
مثلها ما وقد ينسأ في الشركة وقال ابن أبي اسلي تصح المضاربة في المكيل والموزون لانهم مامن ذوات
الامثال فيمكن تقدير رأس المال بمثل المقبوض وقال مالك تجوز بالعروض لانها متقومة يستريح
عليها بالتجارة فمكنت كالتقدين فيما هو المقصود بالمضاربة وأمكن تقدير رأس المال بالقيمة ذهبي
مقومة ولهذا تبقى المضاربة عليها فكذلك يجوز الابتداء بها ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى
عن ربح مالم يضمن والمضاربة بغير التقود تؤدى اليه لانها أمانة في يد المضارب وربحها زادت فيما بعد العقد

بيان أن المضارب لو باع العروض فملك العروض في يده لم يضمن لان العروض أمانة عند ان سلها ثم البيع وان ملكك في يده بدل
البيع فاذا لم يكن العرض مضمونا عليه فالربح الحاصل منه يكون ربح مالم يضمن وهو حرام انتهى وقد قال محمد في الاصل بلغنا عن ابراهيم
النخعي والحسن البصري أنهم ما قالوا لا تكون المضاربة بالعروض انما تكون بالدراهم والنائير اه اتقاني

ذلك فهو ربح المال و برئ
المضارب من دينه والمضارب
على ربح المال مثل أجر عمله
لأن المضاربة انفسدت بقي
أمر بالشراء له بما عليه
وذلك باطل عند أبي حنيفة
فيصير مشترى بالنفسه
وعندهما الأصح به صحيح
فيصير مشترى بالأمر وقد
أطعمه في مقابلة عمله شيئاً
ولم يصح فيلزم ربح المال أجر
مثل عمله ولو كان الذي أمر
بالشراء منه معاهوما يصح
الشراء للأمر بالاجماع اهـ
وكتب ما نصه قد تقدم معنا
وشرحنا في باب الوكالة الكلام
في التوكيل بالشراء بما
عليه من الدين اهـ (قوله
في المتن ويكون الربح بينهما
مشاعاً) قال الاتقاني وذلك
لأن المقتصد من عقد المضاربة

فاذا باعها بشره في الربح فصل ربح ما لم يضمن اذا المضارب يستحق نصيبه من غير أن يدخل شيء في ضمانه
 بخلاف النقود فإنه عند الشراء يجب التمسك في ذمته لانها لا تتعين بالتعيين فبما يحصل له بذلك فهو ربح
 ماضى والمكيل والموزون عروض ألا ترى أنها تتعين بالتعيين فأول تصرف يكون فيها بيع وقد
 يحصل بهذا البيع ربح بأن يبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك فيظهر ربحه بدون الشراء فيكون هذا
 استجارا على البيع بأجرة مجهولة فيكون باطلا كما في العروض ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل بثمنه
 مضاربة جاز وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لان فيه اضافة عقد المضاربة الى ما بعد البيع وقبض الثمن
 ولما أنه وكله ببيع العرض أولا وهو كبيعه بنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض في
 يده فوجب القول بجوازه كما اذا قال له بيع هذا العبد واشتر بثمنه هذا العبد وهذا لان المضاربة ليس فيها
 الاوكيل واجارة وكل ذلك قابل للاضافة على الانفراد فكذا عند الاجتماع وهذا ما عرفت ان الاضافة
 الى الزمان المستقبل غير التعليل بالشروط ألا ترى أن الاضافة بسبب الحال دون التعليق ولودفع اليه
 العرض على أن قيمته ألف درهم مثلا ويكون ذلك رأس المال فهو باطل لان القيمة تختلف باختلاف
 المقومين فلا يمكن ضبطها فلا يصلح رأس المال ولو قال له اقض ديني من فلان واعمل به مضاربة جاز لان
 هذا توكيل بالقبض وضافة للمضاربة الى ما بعد قبض الدين وذلك جائز على ما بينا بخلاف ما اذا قال اعمل
 بالدين الذي لي عليك حيث لا تجوز المضاربة لان المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء عيب في ذمة
 التوكيل لا يصح حتى يعين البائع أو المبيع عند أبي حنيفة رحمه الله فبطل التوكيل بالمكينة حتى لو اشترى
 كان الامور وكذا لا يصح التوكيل بقبض ما في ذمة نفسه فلا تتصور المضاربة فيه وعندهما يصح
 التوكيل بالشراء بما في ذمة الوكيل من غير تعيين ما ذكرنا حتى يكون مشتريا بالمال أصرا لكن المشتري
 عروض فلا تصح المضاربة به اعلى ما بينا قال رحمه الله (وبكون الربح بينهما مشاعا) أى لا تصح المضاربة
 الا اذا كان الربح بينهما مشاعا لان الشركة تتحقق به حتى لو شرط لاحدهما دراهم مسماة تبطل المضاربة
 لانه يؤدى الى قطع الشركة على تقدير أن لا يزيد الربح على المسمى قال رحمه الله (فان شرط لاحدهما

هو الشركة في الربح فإذا اشترط لأحدهما دراهم مائة وكحوها ففسد المضاربة لأن شرط ذلك يفضي إلى قطع الشركة زيادة
لأنه ربما لا يكون الربح إلا ذلك القدر فلا يبقى للآخر شيء من الربح قال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية شرطه أن يكون قدرهما معلوما
مشتاعا من كل الربح مثل الثلث والربيع فإذا اشترط لأحدهما مائة من الربح مثلا أو مائة مع الثلث أو الثلث الأمانة والباقى للآخر لم تجز
المضاربة لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح إلا ذلك القدر ثم الشرط الفاسد على وجهين أن أدى إلى جهالة الربح
فسدت المضاربة لأنه المقصود وإن لم يؤدي فسدت وبطل الشرط مثل أن يشترط الوضعية على المضاربة وهذا أن ما تقف صحته على القبض
لا يبطل بالشرط الفاسد ما أمكن كالهبة والرهن ولا نهى كالهبة معنى والوكالة لا يبطلها الشرط الفاسد اهـ وكتب على قوله وبكون الربح
مانعه قال الشيخ سراج الدين قارئ الهداية رحمه الله ومن خطه نقلت ينبغي أن يقرأ بالياء المقبوضة من تحت عطفها على ما في قوله بما تصح
اهـ قلت وقد وجدته في نسخ كذلك وفي بعضها وبكون بالياء التحتية مضارع كان وعلى الأول يكون مصدرا مجرورا بالياء اهـ (قوله في المتن
فإن شرط لأحدهما الخ) هو رتھا فی الجوامع الصغير شمس عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل دفع إلى رجل ألف درهم

(قوله والمال في المضاربة)
الفاصلة أم الفاعل) قال
الشيخ أبو جعفر الطبرسي
في مختصره والمضارب في
المضاربة الفاسدة كالأجير
فيها فان ضاع منه المال
وهو على ذلك فلا ضمان عليه
في قول أبي حنيفة وبه تأخذ
وعليه الضمان في قول أبي
يوسف ومحمد إلى هنا انظر
اللباري وفيه ذكر
الاختلاف كما ترى ولم يذكر
الاختلاف في ظاهر الرواية
وجهه أمانة كافي المضاربة
الصحيحة وجهه البيان هنا
ما ذكره شيخ الإسلام علاء
الدين الأسدي في شرح

الكافي فقال ما رزق الله تعالى من شيء فلامضارب مائة درهم فهذه مضاربة فاسدة لانه يؤثم قطع الشركة لانه عصى لا يربح الامانة
ومتى فسدت المضاربة انقلبت اجارة فاسدة حتى لو عمل على ذلك فربح ما لا أولم يربح فله أجر مثل عمل وليس له من الربح شيء وهل يجاوز
نصف الربح ينبغي أن يكون على الاتفاق الذي ذكرناه في شركة الاحتطاب والاحتشاش أن المجموع يكون الجامع ولا جبر أجر مثله لا يجاوز
نصف المجموع عند أبي يوسف وعند محمد يجب بالغاما بالمع لانه لا يمكن تقديره بنصف الربح وليس له من الربح شيء لانه أجبر ولو وضع المال
أو تلف المال فلا ضمان عليه لانه آمن وقبل هذا على قول أبي حنيفة وعندهما ما يكون مضمونا لانه بمنزلة الاجير المشترك والاسم انه
لا ضمان عليه على قول الكل لانه أخذ بحكم المال والمال في يد المضارب صحت المضاربة أو فسدت يكون أمانة وهذا لانه لا قصد أن يكون
المال مضاربة عنده فقد قصد أن يكون أمينا وله ولاية جعله أمينا وكذا كل مضاربة فاسدة عمل بها المضارب فربح أو وضع فله أجر مثله
ولا يربح له والربح لرب المال الى هنا لفظ شرح الكافي انتهى اتقاني (قوله مضمون) عبارة الهداية غير مضمون اهـ (قوله والفرق
لهما على الظاهر) أي بين الاجير المشترك وبين المضارب اهـ (قوله ان ههنا) أي المضاربة الفاسدة اهـ (قوله ربح أولم يربح) أي
كما لو أسنة أجبره فأسا الاجارة الفاسدة اجارة لفظا ومعنى فيكون المال مضمونا عند الاجير المشترك عندهما الا أن يكون الهداية بأسا لا يمكن
التصرف عنده اهـ كافي (قوله صح العقد وبطل الشرط) قال محمد فحين دفع الفامضاربة على أن الربح بينهما نصفان وعلى أن يدفع اليه

وبالمال أرضه وزرعها سنة أو على أن يسكنه داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة لأنه لا يخلو بشرط لا تقتضيه ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره إلى رب المال يسكنها سنة ففسدت المضاربة وذلك لأنه جعل نصف نصف الربح عوضاً عن عمله وعن أجره الدار والأرض فصار حصة العمل مجهولاً بالعقد فلم يصح العقد كذا في شرح مختصر الكرخي اهـ اتقاني (قوله لأن المضاربة لا تفسد بالشرط الفاسد) أي كالموشرط لزوم المضاربة بخلاف شرط يوجب جهالة الربح لأن ذلك يمنع موجب العقد فلا ينفذ العقد إذا العقد شرعاً لا يثبت موجباً ولهذا الوشرط عمل رب المال يفسد العقد وإن لم يوجب جهالة الربح لأنه شرط يمنع موجب العقد وتسليم المال إلى المضارب وإذا منع ذلك في الذخيرة اهـ (قوله في المتن وبدفع المال) قال قارئ الهداية رحمه الله ينبغي أن يقرأ أو يدفع بالباء المنقوطة من تحت مجروراً عطفاً على قوله بما تصح به الشركة كما تقدم اهـ ومن خطة نقات اهـ (قوله لا يمكن من العمل الخ) اعلم أن التسليم إلى المضارب شرط صحة المضاربة وشرط عمل رب المال في عقد المضاربة بنفسه لا أن المال أمانة فلا يتم إلا بتسليم رأس المال إلى المضارب كالمودعة وإذا شرط عمل رب المال معه لا يتحقق التسليم لأن يده تبقى على الحل فيمنع من تمام التسليم اهـ غاية وكتب مانصه قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسدي في شرح الكافي وإذا دفع الرجل إلى الرجل مالاً المضاربة بالنصف ففرد المضارب (٥٦) على رب المال وأمره أن يبيع ويشترى على المضاربة ففعل وربح فهو جائز

حصة العمل إذ نصيبه من الربح مقابل عمله لا غير ولا جهالة فيه لأن الكلام فيما إذا شرط له جزأ معلوماً من الربح شائعاً ثم هو شرط لا يقتضيه العقد فيبطل هو دونها لأن المضاربة لا تفسد بالشرط الفاسد كالوكالة والهبة لأن هبتها توقف على القبض كالهبة وشرط الوضعية شرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا يكون مفسداً وتكون الوضعية وهو الخسران على رب المال لأن ما فات جزء من المال بالهالك يلزم صاحب المال دون غيره والمضارب أمين فيه فلا يلزمه بالشرط فصار الأصل فيه أن كل شرط يوجب جهالة في الربح أو قطع الشركة فيه مفسد وما لا فلا قال رحمه الله (وبدفع المال إلى المضارب) يعني رب المال يسلم المال إليه ولا بد له من ذلك لأن المضاربة فيها معنى الاجارة لأن ما يأخذ منه مقابل عمله والمال محل العمل فيجب تسليمه كالأجارة الحقيقية ولأن المال أمانة في يده فلا يتم إلا بالتسليم كالمودعة وهذا بخلاف الشركة حيث لا يشترط فيها تسليم المال إلى الآخر لأن الشركة انعقدت على العمل منهم ما فشرط اتفاقاً يدر رب المال فيها يخرج العقد من أن يكون شركة ولا كذلك المضاربة لأن المال فيها من أحد الجانبين والعمل من الآخر فلا بد من تسليم المال إلى العامل وتخليصه له ليتمكن من العمل والتصرف فيه وشرط العمل على رب المال ينافي ذلك فلا يجوز سواء كان المال عاقداً أو غير عاقداً كالصغير والمقموه لأن يدهما على مالهما بجهة الملك كالصغير فبقائه يدهما يمنع كونه مسليماً إلى المضارب وكذا أحد الشريكين إذا دفع المال مضاربة فشرط أن يعمل شريكه مع المضارب لأن الشريك فيه ملكاً فيمنع يده من تسليمه إلى المضارب وإن لم يكن العاقد مالكا وشرط أن يتصرف في المال مع

على المضاربة والربح على ما اشترط لأنه لم يوجد صريح النقص ولا دلالة لأنه صار مستقيماً به على العمل ومتى وقع العمل من رب المال أعانة لا يجعل هذا استدراكاً فلا تنقض به اليد الثابتة للمضارب بخلاف ما إذا شرط عمل رب المال في حال العقد لأن يده سائمة من تمام التسليم والتسليم شرط صحة المضاربة فربما بين هذا وبين الآخر المشترك إذا استعان بالمستأجر ففعل حيث لا يستحق الاجرة لأن المقود عليه في باب الاجارة هو

العمل فإذا لم يعمل لم يستحق الاجرة أما ههنا فالعمل غير مقود عليه لأن المضارب عامل لنفسه في تحصيل الربح المضارب فافتقر وأصار كان المال وهب للمضارب رأس المال ثم اشترى كالمودعة فعل كذلك كان الربح بينهما كذا ههنا كذا في شرح شيخ الإسلام علاء الدين ولودفع المضارب المال إلى رب المال مضاربة فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الأولى جائزة ويكون الربح بينهما على شرط المضاربة الأولى عندنا وعند زفر تنسخ المضاربة الأولى بدفع المال إلى رب المال والرد عليه كذا في شرح الطحاوي وهي تعرف في المختلف اهـ اتقاني (قوله سواء كان المال الخ) يعني أن اشتراط عمل رب المال في عقد المضاربة مفسد للعقد سواء كان رب المال عاقداً كالبائع أو غير عاقداً كالصغير مثل الأب أو الوصي إذا دفع مالاً إلى الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير يفسد العقد المضاربة لأن الصغير مالك للمال فبقائه يده فيه يمنع صحة المضاربة كالصغير وكذلك كل من يستحق الربح بمال إذا شرط عمله مع المضارب يفسد العقد كأحد المتفاوضين أو شريك العنان إذا دفع مالاً مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لأن الشريك يستحق الربح بماله كالدافع اهـ اتقاني (قوله وكذا أحد الشريكين الخ) قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسدي في شرح الكافي ولو شرط أن يعمل معه شريك رب المال إن كانت شركة مفوضة لم يجوز لأن يد الشريك كيد من يقتضي عقد الشركة قصار كان يدرب المال باقية على المال فنفعت من تمام التسليم وكذلك شريك العنان في مال الشركة لأن يدهما واحدة ولو كان المدفوع إليه من غير مال الشركة لم يفسد بالشرط لأن شريك العنان في غير مال الشركة ينزل منزلة الجانب اهـ اتقاني

(قوله في المتن ويبيع بثمنه ونسيئة) ولو قال رب المال أمرتك أن تبيعه بالنقد فبعتته بالنسيئة وقال المضارب لأجل أمرتني ببيعته مطلقا كان القول للمضارب ولو اختلف الموكل والوكيل في مثله كان القول للموكل والفرق بينهما مذكور في شرح الشكليات يعني البرازي في كتاب الوكالة اهـ وكتب على قوله ونسيئة مانعه لانه لو كان وكلاهما مالك ذلك باطلاق الوكالة فاذا كان عاما أولى وهذا لانه عسى لا يحصل له الربح الا بالنسيئة اهـ اتقاني وكتب أيضا مانعه قال صاحب الهداية الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه يعني اذا باع المضارب الى أجل طويل ليس من عادة التجار أن يبيع الى مثل ذلك لا يجوز كعشر سنين مثلا والنسيئة بالهز على وزن فعيلة وربما ندغم بعد التخفيف كالخطيئة والنساء بالمد التأخير اهـ اتقاني ذكره في فصل ما يدفعه المضارب اهـ وقد ذكر الشارح الزيلعي رحمه الله في هذا الفصل أن المضارب تأخير الثمن الى أجل متعارف فقوله متعارف احتراز عما اذا باع الى أجل طويل اهـ (قوله للمضارب أن يفعل الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي وله أن يوكل بالبيع والشراء لانه من عادة التجار اهـ اتقاني (قوله اذا كانت المضاربة صحيحة مطلقا) قال الاتقاني أراد بالمضاربة المطلقة أن لا تكون مقيدة بزمن ولا مكان لانها اذا كانت مقيدة لا يجوز للمضارب أن يعمل في غير ذلك الزمان وغير ذلك المكان وسيجيء بعد هذا اهـ (٥٧) (قوله ليس له أن يسافر به) أي بمال المضاربة اهـ

(قوله وان دفع اليه في غربة كان له أن يسافر به الخ) قال الاتقاني رحمه الله وكذلك أن يضع ويودع لان ذلك من عادة التجار ولان المضارب يملك أن يستأجر من يعمل في المال بموضع فاذا أبضع فقد حصل العمل بغير عوض فهو أولى وانما قلنا ذلك أن يستأجر لانه لا يتوصل الى الربح الا بالعمل وربما لا يتمكن المضارب من جميع الاعمال بنفسه فلا بد له من الاجير ولان ذلك عادة التجار ولانه لا يقدر على حفظ المال الا بذلك وهو مأذون في حفظ المال وله أن يستأجر السفن والسواب والرجال له لان الربح يحصل بنقل المال

المضارب فان كان العاقد ليس بأهل للمضاربة في ذلك المال تفسد كالمأذون يدفع ماله مضاربة ويشتري عمله مع المضارب لان التصرف فيه اليه واليد ثابتة له في هذا المال ويدهم نفسه فصار كالمالك فيما يرجع الى التصرف فمكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة وان كان العاقد ممن يجوز أن يأخذ ماله مضاربة لم تفسد المضاربة كالأب والوصي اذا دفع مال الصغير مضاربة بشرط أن يهلا بأنفسهما مع المضارب مجزء من الربح فهو جائز لانهم ألوأخذ ماله مضاربة ليعملا بأنفسهما بالنصف صح فكذا اذا شرط عملهما مع المضارب مجزء من الربح لان كل مال يجوز أن يكون المرء فيه مضاربيا وحده جائز أن يكون فيه مضاربيا مع غيره وهذا لان تصرف الأب والوصي واقع للصغير كما بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير بشرطه كشرطه فتشترط الخلية من قبل الصغير لانه هو رب المال وقد تحققت وان دفع العبد المأذون ماله مضاربة بشرط عمل مولاه مع المضارب فان لم يكن عليه دين فسدت المضاربة لان المولى مالك لما في يده فلم يكن من أهل المضاربة فيه وان كان عليه دين فالمضاربة جائزة عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لانه لا حق للمولى فيه فصار كالأجنبي والمكاتب اذا دفع ماله مضاربة بشرط عمل مولاه معه لا يفسد مطلقا لانه لا ملك ما في يده فصار كالأجنبي سواء كان عليه دين أو لم يكن قال رحمه الله (ويبيع بثمنه ونسيئة ويشتري ويوكل ويسافر ويضع ويودع) يعني للمضارب أن يفعل هذه الاشياء كلها اذا كانت المضاربة صحيحة مطلقا بأن دفع اليه مضاربة بالنصف مثلا ولم يزد عليه لان المطلق يتناول انواع كلها فلا بد أن يفعل ما هو معتاد بين التجار لانه قد يرشح في جهة من التصرف دون جهة أو في نوع من الانواع دون نوع فيطلق له الكل ليحصل له غرضه وهو تحصيل الربح والتوكيل والابضاع والايديع والمسافرة من صنيعهم وعن أبي يوسف انه ليس له أن يسافر به لانه تعرض على الهالكين غير ضرورة وعن أبي حنيفة أنه ان دفع اليه المال في بلده ليس له أن يسافر به لما ذكرنا وان دفع اليه في غربة كان له أن يسافر به الى بلده لان الظاهر أن

(٨ - زيلعي خامس) من موضع الى موضع ولا يمكن نقله بنفسه قال الكرخي في مختصره وله أن يرشعه بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وان يرتحم بدين له منها على رجل لان الرهن الابقاء والارتهم الاستيفاء وهو يملك ذلك بعقد عام والحاصل هنا ما قال المصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع الصغير ان التصرفات في المضاربة الثلاثة أقسام قسم هو من باب المضاربة وبها يعامل كالمالك بطلاق الاحتجاب وهو الايديع والابضاع والاجارة والاستئجار والرهن والارتهم وما أشبه ذلك وقسم آخر ليس من المضاربة المطلقة لكنه يشتمل أن يطلق بهما عند وجود الدلالة وهو اثبات الشركة في المضاربة بان يدفع الى غيره مضاربة أو يخط مال المضاربة عماله أو يعمل غيره فانه لا يملك هذا بطلاق المضاربة لان رب المال لم يرض بشركة غيره وهو أمر زائد على ما تقدم به التجارة فلا يتناول مطلقا عند المضاربة لكن يشتمل أن يطلق به فاذا قيل له اعمل برأيك فلا ذلك وقسم آخر ليس هو من المضاربة ولا يشتمل أن يملك فيهما وهو الاقراض والاستدانة على المال لان الاقراض ليس بتجارة والاستدانة على المال تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال فلا يشتمل التعتدي الا أن ينص عليه فاذا نص عليه اعتبر بنفسه حتى يصير بمنزلة شركة الوجود لانه لا مضاربة لانه ليس لاحد منهما رأس المال وقال في شرح الاقطع لا يجوز للمضارب أن يستدين على المضاربة وان فعل ذلك لم يجز على رب المال ألا ترى أنه اذا اشترى برأس المال فذلك قبل التسليم يرجع

المضارب عليه عمله وإذا كان كذلك فرب المال لم يرض أن يضمن إلا مقدار رأس المال فلو جوزنا الاستدانة لزمه ضمان ما لم يرض به وذلك لا يصح وإذا لم يصح استدانتة على رب المال لزمه الدين خاصة وأما إذا استدان باذن رب المال فباشتره بينهما شركة وجوه الأثرى المشتري بالدين لا يجوز أن يكون مضاربة لأنها لا تصح إلا في مال عيني وإذا لم تكن مضاربة لم يبق إلا أن تكون شركة بينهما شركة وجوه وإطلاق الشركة يقتضي التساوي فلذا كان بينهما ما نصفين وقد قالوا ليس للمضارب أن يأخذ سقجة لأن ذلك استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذلك أيضا لا يعطى سقجة لأن ذلك قرض وهو لا يملك القرض وكذلك لو قال اعمل برأيتك لم يكن له شيء من ذلك لأنه يتصرف إلى ما يعود إلى التجارة ولا يتناول التبرع والاستدانة اه (قوله والحاصل الخ سيأتي في كلام الشارح في الفصل الآتي بآتم من هذا اه) (قوله فكان أدنى منها) أي فكان السفر أدنى من الإيداع اه (قوله وقال ابن أبي ليلى ليس له أن يبيع بالنسيئة) وهذا على أصله مستقيم لأن الوكيل المطلق لا يملك البيع بالنسيئة عنده اه اتقاني (قوله لأنه بمنزلة الإبضاع) قال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية في المشهور يملك أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة (٥٨) لأنه من عادة التجار اه اتقاني (قوله وعن محمد رحمه الله أنه ليس له ذلك) رواه ابن رستم

صاحبه رضى به إذا الإنسان لا يقيم بدار الغربة دائماً في الغالب وأعطاه المال مضاربة في هذه الحالة مع علمه بحاله يدل على رضاه به وجه الظاهر أن المضاربة مشقة من الضرب في الأرض على ما بينا من قبل فملكه عطلق العقد إذا لفظ دال عليه ولا نسلم أنه تعريض على الهلاك لأن الظاهر فيه السلامة ولا معتبر بالموهوم الأثرى أن للمودع أن يسافر بالوديعة مع أنه ليس له أن يودع والمضارب له ذلك فكان أدنى منها وأولى بالجواز وقال ابن أبي ليلى ليس له أن يبيع بالنسيئة لأن ذلك تصرف يوجب قصر يده عن مال المضاربة ويجوز عن التصرف فيه فيكون موجبا للصدقة مقصود رب المال فصار كالإقراض بل فوقعه لأن القرض يمكن الوصول إليه في الحال بواسطة الطلب وهذا لا يمكن فيكون فيها نوع إهلاك أو تبرع ولهذا الوباغ المربض بالنسيئة يعتبر من الثلث ونحن نقول البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو متعارف عندهم فيدخل عند الإطلاق لأن المتعارف كالمخصوص عليه وهو أقرب إلى تخصيص الربح عادة فكان أوفق لمقصود رب المال وله أن يأذن لعبد من مال المضاربة في التجارة لأنه بمنزلة الإبضاع وعن محمد رحمه الله أنه ليس له ذلك كالمضاربة قلنا المضارب يصير شريكاً والعبد لا يكون شريكاً فافترقا قال رحمه الله (ولا يزوج عبداً ولا أمة) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب لأنه يصل إلى المهر وإلى سقوط نفقة بخلاف تزويج العبد فإن فيه اشغال رقبته بالدين واستحقاق بيعه به ولهما أنه ليس من باب التجارة فلا يدخل تحت الإطلاق لأن لفظ المضاربة يدل على تحصيل المال بطريق التجارة لا بأي طريق كان الأثرى أنه ليس له أن يكتب ولا يعتق على مال وإن كان باضعاف قيمته بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يزوج الأمة دون العبد لأن الكتابة تقتضي الاكتساب دون التجارة ولهذا كان له أن يكتب فملك تزويج الأمة أيضاً ونظيرها الأب والوصى حيث يمكن تزويج الأمة والكتابة دون تزويج العبد لأن تصرفهما مقيم بالنظر للصغير فلهما كان فيه نظر للصغير فعلاه وما لا فلا ونظير المضارب الشريك شركة عنان أو مفوضة حتى كان تزويج الأمة على الخلاف قال رحمه الله (ولا يضارب إلا باذن أو بأعمال برأيتك) يعني لا يجوز له أن يعطى المال مضاربة إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيتك لأن الشيء

عن محمد اه (قوله في المتن ولا يزوج عبداً ولا أمة) يعني لو اشترى المضارب عبداً أو أمة لم يكن له أن يزوج واحداً منهما اه (قوله في المتن ولا يضارب إلا باذن أو بأعمال برأيتك) أي وذلك لأن رب المال رضى بشركته ولم يرض باشتراك غيره في الربح فلا يجوز الاشتراك اه غايه (قوله أو يقول له اعمل برأيتك) وإن لم يقل له ذلك فدفع المضارب المال إلى غيره مضاربة قال في شرح الطحاوي أن كانت المضاربة الثانية فاسدة فلا يضمن المضارب الأول وإن عمل المضارب الأول في المال لأنه بمنزلة الجير والمضارب أن يستأجر ويجب للثاني أجر المثل في مال المضاربة فإن كانت المضاربة الثانية

صحيحة لم يكن المال مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع حتى أن المال لو هلك في يد الثاني قبل أن يعمل هلك أمانة لا لأن مال المضاربة ودعيه عند المضارب الأول ولا يكون المضارب الأول مخالفاً بالإيداع إلا عند زفر فانه يضمن بمجرد الدفع وإذا عمل الثاني صار الأول مخالفاً ورب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني وإن رجع عما ضمن على الأول وإن ضمن الأول لا يرجع على الثاني عما ضمن وصحت المضاربة إلى الثاني هذا في ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة أنه قال لا يضمن إذا عمل الثاني ما لم يربح لأنه بمنزلة التوكيل الآن يظهر الربح ولا يصير الأول مخالفاً بالتوكيل وإنما يصير مخالفاً بالاشتراك وكذلك لو خلط مال نفسه بمال المضاربة ضمن مال المضاربة والربح له والوضعية عليه وكذلك لو شارك مع غيره شركة عنان وخلط ضمن وتصح الشركة بينهما هذا إذا لم يقل اعمل فيه برأيتك فإن قال له اعمل برأيتك فلا أن يخلط مال المضاربة بماله نفسه وإذا ربح قسم الربح بين المالين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط وكذلك لو شارك مع غيره شركة عنان جاز ويقسم الربح بينهما على الشرط فإذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب من الربح يستوفي منها رب المال رأس ماله وما فضل فهو بينهما على الشرط كذا في

شرح الطحاوي اه اتقاني وكتب ما نصه ولان المضاربة وان كانت تناول المضاربة من حيث انهم من صنع التجار لكن لا تناولها من حيث ان فيها معنى الامانة والوكالة والاصل عدم التناول فلا تناول المضاربة بالشك اه ذخيرة (قوله لانهم مادونها) أي دون المضاربة اه (قوله حيث لا يملكها الا بالتصريح) أي لا بقوله اعمل برأيك اه (قوله ونظير المضاربة الشركة وانخلط الخ) قال الاتقاني وكذا ليس له أن يشارك مع غيره شركة عنان أو يخلط المال بمال نفسه أو بمال غيره لان رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره ولان الشيء لا يتضمن ما هو فوقه والشركة أعم من المضاربة وفي خلط المال يثبت في مال رب المال حق النيرة فلا يجوز الا اذا قيل له اعمل برأيك اه (قوله في المتن ولم يتعد عماعينه من بلد وساعة الخ) قال الاتقاني رحمه الله والاصل فيه أن رب المال متى شرط على المضارب شرطاً في المضاربة ان كان شرط الرب المال فيه فائدة فانه يصح الشرط ويجب على المضارب مراعاة الوفاء به واذا لم يوف به صار مخالفاً وعاملاً بغير أمره وان كان شرطاً لفائدة فيسهل لرب المال فانه لا يصح ويجعل كالمسكوت عنه اه (قوله وكذا الاسعار قد تختلف) أي قد تختلف باختلاف البلدان اه (قوله كان المشتري له) يعني اذا اشترى خارج الكوفة (٥٩) وباع ورجع أو وضع فالرجع له والوضعية عليه

ولكن يتصدق بالرجع عند أي حنيفة ومحمد وعلى قول أبي يوسف يطيب له الرجع ولا يتصدق أصله المودع اذا تصرف في الوديعة ورجع اه اتقاني (قوله وصار بنفس الانخراج متعدياً) قال الاتقاني وتكلموا أنه هل يصير مخالفاً بنفس الانخراج والاصح أنه يصير ضامناً بنفس الانخراج لأنه مأثور بالحفظ في ضمن الامر بالعمل والامر بالعمل مقيد فصار الامر بالحفظ مقيداً أيضاً اه وكتب ما نصه قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضى الله عنه في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف على أن يشتري

لا يتضمن مثله الا بالتصريح عليه أو التفويض المطلق اليه ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل غيره الا بما قلنا بخلاف المكاتب والعبد المأذون له والمستعير حيث تضمنت هذه العقود أمثالها لانهم يتصرفون بحكم المالكية لا بحكم النيابة لان المكاتب صار حراً اذا فله أن يكاتب ولان الكتابة كالبيع من نفس العبد فيملكه والمأذون بفك الخرج بقي متصرفاً لنفسه فله أن يأذن لعبده والمستعير عاك أيضاً تملك المنفعة وبخلاف الايداع والابضاع لانهم مادونها فتضمنها وبخلاف الاقراض والاستدانة حيث لا يملكها الا بالتصريح لان المراد من قوله اعمل برأيك التعميم فيها هو من عادة التجار وليس امنه فصارا كالهبة والصدقة ونظير المضاربة الشركة والخلط بمال نفسه لانهم من صنيع التجار فيدخل تحت قوله اعمل برأيك قال رحمه الله (ولم يتعد عماعينه من بلد وساعة ووقت ومعامل كافي الشركة) أي اذا خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في ساعة بعينها أو في معامل تترجل بعينه لا يجوز له أن يتعداه فان تعدى صار ضامناً لان المضاربة توكل وفي التخصيص فائدة من أمن خطر الطريق وخيانة المضارب ومن نفقته من ماله وكذا الاسعار قد تختلف فبالقييد تحصل الفائدة فتعتبر ولو عين له بلداً وأخرجه الى غير ذلك البلد أو دفعه بضاعة الى من يخرج منه من ذلك البلد ضمن لانه بالخالفه صار غاصباً وان اشترى شيئاً بعد ذلك كان المشتري له لانه بالانخراج بطالت المضاربة وتقرر ذلك بالشراء والتقدم من مال الغير فكان له فصار كمن اشترى شيئاً ونقد الثمن من المصنوع ولو لم يشتري شيئاً حتى رد المال الى البلد الذي عينه له برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم رجع الى الوفاق وعاد المال مضاربة مثل ما كان لان يده باقية بالعقد السابق وكذا الورثة البعض يكون المردود مضاربة حتى اذا اشترى في ذلك البلد كان للمضاربة اعتباراً للجزء بالكل لان التقيد به لما كان مقيداً بتقيده وصار بنقص الانخراج متعدياً ضامناً لكنه لا يتقرر الا بالشراء من بلد آخر فاذا رجع قبل تقرر زوال الضمان على ما ينافي المال على ما كان وعندنا بخلاف ما اذا قيده في سوق معين من المصر حيث لا يتقيد به لان المصر الواحد قسماً متفاوت جوائمه وأسواقه لانه

ويبيع بالكوفة فيرجع الى البصرة فاشترى بها قال اذا اشترى فهو ضامن الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقد شرط الشراء الضامن كما ترى وقال في كتاب المضاربة اذا أخرجه من الكوفة فقد خالف وقد جعله مخالفاً بنفس الانخراج قيل هو الفحيج وانما شرط الشراء في الجامع الصغير ليقرر الضمان لا لاصل الوجوه لانه يسقط الضمان عنه بالعود قبل الشراء اه (قوله وهذا بخلاف ما اذا قيده الخ) قال في الهداية وهذا بخلاف ما اذا قال على أن تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقيد قال الاتقاني أي هذا الذي ذكرنا من التقيد بالبلد حيث لزمه الضمان اذا جاوز خلاف ما اذا قال على أن تعمل في سوق الكوفة لانه لا يتقيد بها حتى اذا اشترى وباع بالكوفة في غير سوقها لم يتضمن وهذا الذي ذكره استحسنه ان قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي ولودفعه مضاربة على أن يعمل في سوق الكوفة له أن يعمل في غير السوق بالكوفة استحسننا والقياس أن لا يملكه لانه قيده به الا أنا استحسننا وانما يملكه في غير السوق اذا كان في الكوفة لان الشراء لا يتفاوت بين أن يكون في السوق وبين أن يكون في غير السوق لان الاسعار لا تتفاوت في مصر واحد فلا يكون التقيد مقيداً ولو قال لا تعمل بها الا في السوق فعلى الكوفة في غير السوق فهو مخالف بخلاف ما اذا قال على أن تعمل في السوق لانه أطلق العمل به ثم قيده بمكان والتقيد انما هو في الفصل الثاني بدأ بالنهي واستثنى تصرفاً خاصاً فلا يقيده لا يستقيم الاطلاق بصدور الكلام اه اتقاني

(قوله عند عدم اختلاف
الصهر بينهما) أي خلافا
لزفر اه (قوله فانه يجوز)
أي خلافا لزفر اه (قوله
في الأول) أي في الكلام
الأول اه (قوله أو مرفوعا)
تعلم به بالكوفة اه (قوله
كافي اللفاظ الستة) إذ
لا يستقيم الابتداء بقوله
على أن تعلم بالكوفة
وكذلك في أخواتها فاعتبرت
متعلقة بما قبلها فصارت
معنى الشرط اه اتقاني
رحمه الله (قوله كافي اللفظين
الآخرين) أي وهما قوله
واعمل بالكوفة بالواو وغير
الواو فانه يستقيم الابتداء
لأن الواو مما يجوز الابتداء
به اه اتقاني (قوله وحينئذ
تكون الزيادة شوري) كأنه
قال ان فعلت كذا فهو أنفع
وأحسن اه اتقاني (قوله
أو بالنوع) أو أدبه الصرف
اه اتقاني (قوله ويبيع
من الصيارفة وغيرهم) أي
مأبداه من الصرف اه
اتقاني (قوله في المتروك لم يشتر
من يهتق الخ) إذا اشترى
المضارب جارية من مال
المضاربة فليس لرب المال
وطؤها سواء كان في ذلك
المال ربح أو لم يكن وتسلمه
في المراج الوهاج اه وكتب
مأنته وان كان الذي دفع
إليه المال مضاربة امرأة
فاشترى به المضارب زوجها
صح الشراء وبطل النكاح
لأنه دخل في ملكها بالشراء

كبقة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في هذا السوق ولا تعمل في غيره فحينئذ
تفهمه لأن المال له وولاية التصرف فيه إليه ولعل ذلك يفيد لو جرد الاختلاف حقيقة وكذا أحكام
الآثر أن المودع إذا شرط عليه الحفظ في محله ليس له أن يحفظها في محل آخر فإذا تصور الاختلاف
تفهمه فيضمن إذا خالف ما إذا قال له بيع نسيت ولا تبع حالا حيث كان له أن يبيعه حالا عند عدم
اختلاف السعر بينهما لأنه مخالفة إلى خير بينين فهو تطير من لو وكل شخص يبيع عبده بألف درهم ومنه
عن البيع بالزيادة فباعه الوكيل بألفين فانه يجوز له أن يبيعه بألف درهم ومنه
لا يمتنع حتى إذا أودع وقال لا تضعها من يدك إلا ولها من الألف الفاتدة فيه ثم اللفاظ التي تفيد
التقييد بالمال كقوله خذ هذا مضاربة تعلم به في مصر لأن قوله تعلم تفسير لقوله خذ مضاربة والكلام
المبهم إذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير وكذا قوله فاعمل به لأنه في معنى التفسير لأن الفاعل هو
والتعقيب والذي وصل الكلام المبهم وتعقبه كان تفسيره له وكذا قوله خذ مضاربة بالنصف بمصر لأن
الماء للالصاق فيقتضي أن يكون العمل فيه وكذا قوله خذ مضاربة بالنصف في مصر لأن في الظرف
وأنما تكون ظرفا إذا حصل الفاعل والفعل فيه وكذا إذا قال خذ مضاربة على أن تعلم بمصر لأن على
الشرط في تقييده ولو قال خذ مضاربة واعمل به في مصر لا يتقيد به حتى لا يضمن في العمل في غيره لأن الواو
المعطف والشئ لا يعطف على نفسه وإنما يعطف على غيره وقد تكون للابتداء إذا كان بعد ما جاز
فيكون مشورة لا شرط في الأول وفي الثاني ما يفيد التقييد من اللفاظ ستة دفعت إليك المال مضاربة
على أن تعلم بالكوفة أو تعلم به أو تعلم بالكوفة شجروما أو مرفوعا أو فاعل به بالكوفة أو قال دفعت إليك
مضاربة بالنصف بالكوفة وما لا يفيد التقييد لفظان دفعت إليك مضاربة واعمل بالكوفة أو قال اعمل
بالكوفة والضابط أن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء أو يمكن جعله مبنيا
على ما قبله يجعل مبنيا عليه كافي اللفاظ الستة وان استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل مبنيا
كافي اللفظين الآخرين وحينئذ تكون الزيادة شوري فكان له أن يعمل في الكوفة وغيرها ولو قال خذ
مضاربة على أن تشتري به الطعام أو قال فاشتر به الطعام أو قال لتشتري به الطعام أو قال خذ مضاربة
بالنصف في الطعام فهذا كله مفيد فيعتبر فيه التقييد به ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صاع
التقييد وليس له أن يشتري ويبيع من غيره لأن هذا التقييد مفيد لتفاوت الناس في المعاملة قضاء
واقضاء ولو قال على أن تشتري به من أهل الكوفة أو من الصيارفة وتبيع منهم في الكوفة من غير
أهلها أو من غير الصيارفة جاز لأن المقصود من مثل هذا الكلام عادة التقييد بالمكان أو بالنوع فيقيد
بالمكان والنوع حتى لا يجوز له أن يخرج من الكوفة في الأول ويبيع فيها من أهلها أو من غير أهلها ولا
يجوز له أن يعمل في غير الصرف في الثاني ويشتري ويبيع من الصيارفة وغيرهم لأن التقييد بالمكان
والنوع مفيد فيعتبر ولا يفيد التقييد بأهل الكوفة والصيارفة لأن كل واحد منهما مما جمع كثيرا لا يمكن
إحصاؤهم فيجتمع فيهم الصالح والطالح فلا يفيد التقييد بهم فلا يعتبر ولا يفيد التقييد بالمكان والنوع من
حفظ المال على ما يرى هو فيعتبر وكذلك ان وقت المضاربة وقتا يتقيد به لأنه لو قيل في تقييده كما يتقيد
بالنوع والمكان قال رحمه الله (ولم يشتر من يهتق على المسالك) أي ليس له أن يشتري من يهتق على رب
المال بقراءة أو بسبب عين لأن عقد المضاربة شرع لتحصيل الربح وذلك بالبيع بعد الشراء وفي التصرف
فيه كثير والعق ينفيه بخلاف الوكيل بشراء العبد حيث يجوز له أن يشتري من يهتق على الموكل لأن
الوكيل هنا لم يطلق فيجوز على إطلاقه وهناك قيد عال يمكن التجارة فيه حتى لو وجد في الوكيل كاله أيضا
ما يدل على التقييد بأن قال اشترى عبدا أبعده أو قال أستخدمه أو جارية أطوها كان الحكم كذلك ولو
اشترى من يهتق على رب المال صار مشتريا بنفسه لأن الشراء إذا وجد فإذ كان المشتري كالموكل
إذا خالف بخلاف ما إذا اشترى الوكيل من يهتق على الموكل حيث ينفذ على الموكل والفرق ما بينا قال

(قوله والمراد من ظهور الرجح) سياتي الكلام عليه بأتم من هذا في الحواشي اللاحقة وفي الأصل (قوله في المتن وضمن ان الفعل) أي ضمن المضارب اذا اشترى من يعتق على رب المال أو عليه ونقد من مال المضاربة وهذا أولى من تقييد الشارح لان المصنف لم يذكر الحكم فيما اذا اشترى من يعتق على رب المال فيما تقدم بل أخره الى هنا اه قارئ الهداية رحمه الله (قوله فصار كما اذا ورثه مع غيره) أي كما اذا اشترى ابن زوجة الميت وترك زوجا وأخا لا يضمن الزوج للأخ لعدم الصنع منه فكذا هنا اه اتقاني (قوله في المتن وسعي المعتق في قيمة نصيب رب المال منه) أي في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال ونصيب رب المال من الرجح اه اتقاني رحمه الله (قوله في المتن معه ألف بالنصف) صورتهما في الجامع الصغير محمد عن يعقوب بن أي حنيفة في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوي ألفا فوطئها ثم جاءت بولد فزعم أنه ابنه (٩٩) ثم زاد الغلام حتى صار يساوي ألفا وخمسمائة

والرجل المدعي موصرا قال ان شاء رب المال استتبعني الغلام في ألف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق الغلام فاذا دفع اليه ألفا ضمن المدعي نصف قيمة الام الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقوله والمدعي موصرا أي المدعي للولد وهو المضارب وانما قيد بيسار ونقيا الشبهة ترد بان يقال كان ينبغي أن يضمن المضارب نصيب رب المال اذا كان المضارب موصرا لان ضمان العتق يختلف باليسار والاعسار ولكنه لا يضمن وان كان موصرا لان تفرق العتق بين حكيم لا يصنع للمضارب فيه على ما بينه اعلم أن الولد اذا لم ترد قيمته على ألف فدعوى المضارب باطلة لانه لا ملك في واحد من الولد وان لم يكن كل واحد منهم مامشغول برأس المال وان بقي الملاك لهما لم يعلق

رحمه الله (أو عليه ان يظهر رجح) أي ليس للمضارب أن يشتري من يعتق عليه اذا كان في المال رجح لانه يعتق نصيبه وينفذ بسببه نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف الذي ينافي العتق فيمنع التصرف فيه والمراد من ظهور الرجح المذكور هنا أن تكون قيمة العبد المشتري أكثر من رأس المال سواء كان في حله مال المضارب رجح أو لم يكن لانه اذا كان قيمة العين مثل رأس المال أو أقل لا يظهر ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولا برأس المال حتى اذا كان رأس المال ألفا وصار عشرة آلاف درهم ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمه ألف أو أقل لا يعتق عليه وكذلك لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر وقيمة كل واحد ألف أو أقل فاشترى منهم شيء لان كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيئا حتى تزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمه الى آخر قال رحمه الله (وضمن ان فعل) أي ضمن المضارب ان اشترى قريبا وقيمه أكثر من رأس المال لانه يصير مشتريا للعبد لانه نفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة قال رحمه الله (وان لم يظهر رجح صح) أي ان لم يكن في قيمة العبد المشتري زيادة على رأس المال يزوجها للمضاربة لانه اذا لم ترد قيمته على رأس المال لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا برأس المال فيمكنه أن يبيعه للمضاربة فيجوز قال رحمه الله (فان ظهر عتق حظه) أي ان ظهر الرجح في المشتري بعد الشراء بان كانت قيمة وقت الشراء قدر رأس المال أو أقل ثم زادت قيمته حتى صارت أكثر من رأس المال عتق نصيب المضارب لانه ملك بعض قربه فوجب أن يعتق عليه بشدته قال رحمه الله (وام يضمن لرب المال) لانه لا يصنع له فيه وانما يعتق عليه بطريق الحكم بسبب زيادة القيمة من غير اختيار فصار كما اذا ورثه مع غيره قال رحمه الله (وسعي المعتق في قيمة نصيب رب المال منه) لانه احتجبت ماله عنده فيضمنها كالعبد الموروث بين اثنين وأحدهما أبوه وفي السكاني لو اشترى نصفه بمال المضاربة ولا فضل فيه ووصفه بحاله صح علمه لان هذا النصف لا يرجح فيه فلم يثبت العتق فيه وانما دخل العتق فيه حكما لما اشترى لنفسه فلم يصير مخالفا للشريك في هذا والاب والوصي كالمضارب حتى لو اشترى أحد الشريكين عبدا هو ذورحم محرم من الشريك الآخر نفذ على المشتري كما ينفذ على المضارب وكذا لو اشترى الاب والوصي للصغير عبدا هو ذورحم محرم من الصغير أو الممتوه لا ينفذ عليهم وانما ينفذ على الاب والوصي لانه لا تعلق فيه الصغير بخلاف العبد المأذون له فانما لو اشترى ذارحم محرم من المولى يصح ثم ان لم يكن عليه دين محبط برقبته وكسبه عتق على المولى وان كان عليه دين محبط برقبته وكسبه لا يعتق عنده وعندهما يعتق بناء على انه هل يدخل في ملك المولى أم لا قال رحمه الله (معه ألف بالنصف)

حتمه على تدير ظهور الرجح في انما ولا يثبت النسب لعدم الملك أصلا ويضمن العتق فيكون من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب وله أن يبيع الجارية والولد لانهم مامال المضاربة وقال بعض المشايخ هذا قول أبي حنيفة لانه لا يرى قسمة الرقيق فيعتبر برأس المال في كل عبدا فلا يظهر الرجح اما على قول أبي يوسف ومحمد يجوز قسمة الرقيق فتجعل الام والولد كعبد واحد فيظهر الرجح فذلك المضارب نصف الرجح فتصح دعواه فان لم يبيع واحدا منهم حتى زاد الغلام فصار يساوي ألفا وخمسمائة تنفذ الدعوى لانه لا الدعوى كانت حقة في الظاهر جلالها على الصفة وهو فراش النكاح لكنهم لم تنفذ لعدم الملك لانهم مامشغولان برأس المال لا يدخل في ملك أحدهما فيستعين الآخر برأس المال فلا يظهر الرجح فاذا وجد المالك لظاهر الرجح انما يعلق الولد على المضارب ألا ترى أن المضارب اذا اشترى عبدين بمال المضاربة وبيع كل واحد منهما ففضل فالرجح لا يظهر فيه ما عندنا فالاخر فان صارت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة

قال ان ظهر الربح وهو خمسمائة ونصفه للمضارب وهو مائتان وخمسون فتقدم لك المضارب شيئا من الولد فنفذت دعوته الموقوفة اه اتقاني
(قوله سعي) أي الولد اه (قوله أو أعتقه) أي ان شاء رب المال أعتق نصيبه من الولد اه (قوله قبض) أي رب المال اه (قوله الالف)
أي من الولد الذي استسماها اه (قوله وهو ربعه) أي ربع رأس المال اه (قوله ولم يضمن المضارب الخ) قال الاتقاني ولا ضمان على
المضارب رب المال موسرا كان أو موسرا لانه حين ادعى لم تنفذ الدعوة لعدم الملك وحين نفذت الدعوة لم يوجد صنع من المضارب فلا
يكون ضامنا لان ضمان العتق ضمان اتلاف فلا بد من الصنع ولم يوجد اه (قوله لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير) على ما عليه عامة
المشايع اه اتقاني (قوله أصله وضع القفة الخ) قال في الكافي في باب اليمين بالطلاق والعتاق سفينة لا تحمل الائمة من فأوقع فيها رجل
منازا ثم ادعى الائمة ففرقت كان الضمان (٣٣) كله عليه اه (قوله والقدر الاخير) أي في السكر اه (قوله ولا صنع للمضارب

أي مع المضارب (فاشتري به أمة قيمتها ألف فولدت ولدا يساوي ألفا فادعاه موسرا) أي ادعاه المضارب
في حال يساره (فبلغت قيمته ألفا وخمسمائة سعي لرب المال في ألف وربعه) أي ربع الالف وهو مائتان
وخمسون (أو أعتقه فان قبض الالف ضمن المدعي) وهو المضارب (نصف قيمتها) أي نصف قيمة الجارية
وانما كان كذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على أنه ولده من النكاح بأن يحمل
أن البائع زوجهما منه ثم باعها منه وهي حبلية منه جلالا له على الصلاح لكن لا تنفذ هذه الدعوى
لعدم الملك وهو شرط فيه اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما
عرف أن مال المضاربة اذا صار أجزاسا مختلفة كل واحد منهم لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا
بخلاف الزفر وجهه الله لان بعضهما ليس بأولي به من البعض فاذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب
في الامة ولا في الولد وانما الثابت له بحرق الحق انصرف فلا تنفذ دعوته فاذا زادت قيمة الغلام وصارت ألفا
وخمسمائة ظهر الربح فيه في ذلك الوقت فلك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة فيه
لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا تنفذ ادعائه السابق لان
الاعتاق انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينقض دعوته أما الدعوة فاسخبا فاذا رد في حق غيره فهو باق
في حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته فيه كما اذا أقر بحرية عبد لغيره يرد اقراره فاذا ملكه بعد
ذلك صار حرا ولو أعتق عبد الغير ثم ملكه لا ينقض عتقه لما قلناه فاذا نفذت دعوته صار الغلام ابنا له وحق
بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن المضارب حصته رب المال من الولد لان العتق ثبت بالملك والنسب
فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجودا فيضاف الحكم وهو العتق اليه لان الحكم يضاف
الى الوصف الاخير أصله وضع القفة على السفينة والقدر الاخير والمرأة الرابعة في الزنا ولهذا قال الصديق
رضي الله تعالى عنه الذي أقر بين يديه بالزنا ثلاث مرات اياها والرابعة فانها هي الموجهة ولا صنع
للمضارب في الملك فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدي اذ لا يجب ضمان العتق الا بالتعدي فكان رب
المال بالخيار ان شاء أعتق نصيبه من الغلام وان شاء استسماها لان ما يثبته احتملت عنده على ما مر في
الاعتاق فاذا اختار الاستسماها استسماها في ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق لرأس المال
ومائتين وخمسين نصيبه من الربح فاذا قبض منه ألف درهم صار مستوفيا لرأس ماله وظهر أن الام
كلها ربح لفراغها من رأس المال فكانت بينهما نصفين ونفذت فيها دعوة المضارب وصارت كلها أم ولده

في المائة) أي لانه بازدياد
القيمة ولا صنع له في ازدياد
القيمة اه غايه (قوله لان
ماليتها) أي ماليتها الغلام اه
(قوله فكانت) أي الام بمنزلة
جارية مشتركة بين اثنين
فأمر بولدها أحدهما فيصح
استيلاؤه ويضمن لغيره
نصف قيمتها ونصف عتقها
موسرا كان أو موسرا لانه
ضمان تلك لانه ملك كسبها
وخدتم فصار ذلك الضمان
بيدك والضمان اذا كان
بيدك يستوى فيه اليسار
والاعسار فلا ينتقل الى الصنع
من جهته بخلاف ضمان
العتق لانه ضمان اتلاف
فلا بد من الصنع كذا في
شرح الطحاوي الصغير
وغيرها وقال الامام الاستيعابي
في شرح الطحاوي والاصل
أن مال المضاربة اذا كان
من جنس واحد كالكيلى
والوزنى والعروض والحيوان

التي تجرى الشبهة فيها اذا كانت جماعة وفيها فضل على رأس المال يظهر للمضارب فيها نصيب نحو أن يصير كله حنطة أو كله
دراهم أو دنائير أو عروضا أو عيونا من جنس واحد سوى الرقيق أو ثيابا من جنس واحد حتى ان الزكاة تجب عليه اذا كان نصيبه
منه يبلغ نصيبا كاملا ولو صار مال المضاربة من أجناس مختلفة فكل جنس منهم مشغول برأس ماله حتى انه لا يجب عليه شيء من الزكاة
ويجب على رب المال زكاة ثلاثة أرباعها لانه يحصل له في الحاصل هذا القدر لان رأس المال كان ألفا فاشترى ما يساوي ألفين ولو صار
مال المضاربة زينة فانه ينظر ان كان واحدا وفيه فضل على رأس المال يظهر للمضارب فيه نصيب وهو نصف الفضل ولو كان اجماعة قيمة
كل واحد منهم رأس المال فلا يظهر للمضارب فيه نصيب ويكون كل واحد منهم مشغولا برأس المال فيكون كالأجناس المختلفة لانها
لا تقسم قيل هذا على قول أبي حنيفة وعلى قولهما ما يقسم الرقيق فيظهر للمضارب نصيب من كل عبد قدر ربعه وهكذا ذكر النقيض أبو الليث
ولا كذلك سائر الحيوان اذا كانت من جنس واحد وان كانت جماعة فانه ينظر الى قيمة الكل فان كان في قيمة الكل فضل على رأس المال

كان للمضارب نصف الفضل كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله ولهذا الورث أم ولده الخ) بأن استولى جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ورأته يضمن نصيب شريكه اه (قوله ويضمن أيضا نصف عقرها) تقدم أنه يحمل على الاستيلاء بالنكاح فكيف يجب العقرب اه من خط قارئ الهداية

باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم دفع المال مضاربة من رب المال إلى غيره ذكر حكم دفع المضارب (١٦٣) إلى غيره مضاربة لأن الأولى مضاربة مفردة

وهذه مركبة والركب بعد المفرد وجودا وعدما اه اتقاني (قوله في المتن فان مضارب المضارب بلا إذن) أي أو تفويض بأن لم يقل له رب المال اعمل برأيك لأنه إذا قيل له ذلك يملك أن يضارب حينئذ اه (قوله لم يضمن بالدفع مالم يتصرف) أي مالم يبرح اه (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة) هو رواية محمد بن شعاع عن الحسن عن أبي حنيفة اه (قوله وهو رواية عن أبي يوسف) وأصل أنه لأنهما على واحد منهما تبطل عمل الثاني في ظاهر الرواية عن علي بن النخعي الثلاثة وإذا عمل الثاني بالمسألة ان عمل عماله لم يدخل تحت المضاربة بان ذهب المضارب الثاني المال من رجل أو استعمله كالضمان على الثاني دون الأول وان عمل عماله دخل تحت المضاربة بان اشترى بالمال ضمانا ربح فعليه الضمان وان لم يربح فلا ضمان على واحد منهما في ظاهر الرواية اه اتقاني (قوله ووجه الظاهر)

لأن الاستيلاء إذا صادف محلا يحتمل النقل لا يتجزأ بالاجماع ويجب نصف قيمته لرب المال موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار ولا يتوقف على التعدي لأنه ضمان تملك ولهذا الورث أم ولده مع غيره يملكها كلها ويجب عليه أن يضمن حصة غيره من قيمتها موسرا كان أو معسرا بخلاف ضمان الاعتاق فإنه ضمان افساد لا تملك وهو متولد من تصرفه في ملكه فلا يجب عليه بغير تعدي ولا على معسر واشترط اليسار هنا ليعلم أنه لا يجب على أحد واعاش شرط قبض رب المال الألف من الغلام حتى تصير الجارية أم ولد للمضارب لأنهم مشغولة برأس المال فإذا قبضه من الغلام فرغت عن رأس المال وصارت كلها ربحا فظهر فيها ملك المضارب فصارت أم ولده لما ذكرنا فان قيل لم لا يجعل المقبوض من الولد من الربح وهو ممكن بأن يجعل الولد كله ربحا وهي مشغولة برأس المال على حالها قلنا المقبوض من جنس رأس ماله فكان هو أولى بجعله من رأس ماله ولأن رأس المال مقدم على الربح اذ لا يسلم له ما شئ من الربح إلا بعد سلامة رأس المال لرب المال فكان جعلا به أولى بعد وصوله إلى يده ولو لم تزد قيمة الولد على ألف وزادت قيمة الأم حتى صارت ألفا وخمسمائة صارت الجارية أم ولد للمضارب ويضمن لرب المال ألف درهم ومائتين وخمسين درهما لأنهم الساكنات قيمتهما ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها ويجب عليه لرب المال رأس ماله وهو ألف ويجب عليه أيضا نصيبه من الربح وهو مائتان وخمسون فإذا وصل إلى يده ألف استوفى رأس المال وصار الولد كله ربحا فملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه ومالم يصل إلى رب المال الألف فالولد رقيق على نحو ما ذكرنا في الأم ثم يأخذ منه مائتين وخمسين على أنه نصيبه من الربح ولو زادت قيمتهما عتق الولد وصارت الجارية أم ولده لأن الربح ظهر في كل واحد منهما وأخذ رأس المال من المضارب لأن ما وجب عليه أيسر المسالين لأنه مجهول وهو موسر والسهاية مؤجلة والعبد معسر يأخذ منه أيضا ما بقي من نصيبه من الربح ويضمن أيضا نصف عقرها لأنه لما استوفى رأس المال ظهر أن ربح لأن عقرب مال المضاربة يكون للمضاربة ويسهي الغلام في نصيب رب المال ويسقط عنه نصيب المضارب والله أعلم

باب المضارب يضارب

قال رحمه الله (فان ضارب المضارب بلا إذن لم يضمن مالم يعمل الثاني) أي إذا دفع المضارب المال مضاربة بغير إذن رب المال لم يضمن بالدفع مالم يتصرف الثاني وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يضمن حتى يربح وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع تصرف أو لم يتصرف وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يضمن له أن يدفع المال على وجه المضاربة لأن العقد لا يقتضي مثله على ما بيناه فيضمن الأول بالدفع والثاني بالأخذ لأن كلا منهما متعده كما لو دفع إذا أعار الوديعة بغير إذن صاحبه ووجه الظاهر أن الدفع أيداع حقيقة وانما تفتركونه للمضاربة بالتصرف ووجه المروي عن أبي حنيفة رحمه الله أن العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن النضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لأجل التصرف

قال الاتقاني ووجه قولهم ما وظهر الرواية عن أبي حنيفة أن مجرد الدفع لا يتعلق بالضمان ألا ترى أن المضارب له أن يودع ويبضع فلم يضمن بمجرد الدفع لعدم تحقق الخالفة بخلاف ما إذا تصرف الثاني حيث يجب الضمان لأنه يصل العمل في المال على وجه لم يرض به المالك فتحقق الخالاف فوجب الضمان فجعل الأمر مراعى أي موقفا قبل العمل حتى إذا عمل الثاني وجب الضمان والأفلا اه (قوله ولا بالتسليم) يعني لا يجب الضمان على المضارب بالتسليم إلى المضارب الثاني اه

(قوله بغير اذنه) يعني اذا دفع المال مضاربة وعمل الثاني ثبت الضمان مستندا الى وقت الدفع اه ولا مخالفة حينئذ بين هذا وبين ما تقدم من قوله لم يضمن بالدفع ما لم يتصرف اه (قوله لانه باداء الضمان الخ) قال الاتقاني لانه لما ضمن ملك بالضمان اه (قوله يرجع بما ضمن على الاول) أي لانه غرم بالعقد فصار كودع المودع اه اتقاني (قوله اذ هو مغدور) بالدال المهملة من الغدر كذا السماع اه غاية والذي بخط الشارح وهو الزيلعي مغرور بالراء اه (قوله كودع الغاصب) يعني أن مودع الغاصب اذا ضمن يرجع على الغاصب بما ضمن اه اتقاني (قوله لانه لما كان قرار الضمان عليه) (٦٤) أي المضارب الاول اه (قوله ولا يطيب الاول) أي في قياس

قول أبي حنيفة اه وكتب مانصة قال في شرح الكافي ولو كان المضارب الثاني لم يعمل بالمال حتى ضاع في يده فلا ضمان على واحد من المضاربين لان الضمان لا يجب بمجرد الدفع اذ هو حفظ وصيانة وله أن يأمر غيره بالحفظ وانما يجب بالتصرف وقد انعدم التصرف ههنا ولو استهلك المضارب الثاني المال كان الضمان عليه خاصة لانه غير مستند الى أمره فانقطعت اضافته عن نفسه اه اتقاني (قوله فلا يخالو عن شبهة) أي لان الشايت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فلا يثبت المالك من كل وجه فيتمكن ان يثبت في الرجح ولا يطيب اه اتقاني (قوله هذا) أي ما تقدم من ضمان الاول أو الثاني بحسب ما اذا كانت المضاربتان الخ اه (قوله وان كانت هي الاولى) أي فقط وكانت الثانية جائزة اه (قوله وكانا أجيرين) والمضارب الاول أجبر مثله لان عمل الثاني وقع له فكأنه

لانه ايداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بينا من قبل وهو له أن يوكل وهذا لانه انما يصير ضمانا بالمخالفة وبهذه الاشياء لا يصير مخالفا ألا ترى أن له أن يفعل كل واحد منهما على الانفراد فلا يكون ضمانا به لكن اذا ربح أثبت الشركة فيه وأثبت الشركة في مال الغير بسبب الضمان كما اذا خلطه بمال غيره ثم ربح المال بالخيار ان شاء ضمن الاول رأس ماله لانه صار غاصبا بالدفع الى غيره بغير اذنه وان شاء ضمن الثاني لانه قبض مال الغير بغير اذن صاحبه وهذا اظهر على أصلهما لانهما يوجبان الضمان على مودع المودع وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فقد قيل ينبغي أن لا يضمن الثاني كودع المودع وقيل يضمن الثاني عنده أيضا لانه قبضه لنفسه بخلاف مودع المودع فانه يقبضه لمنفعة صاحب المال فان ضمن الاول صححت المضاربة بين الاول والثاني والربح بينهما على ما شرط لانه بأداء الضمان ملكه من وقت خالف فصار كودع مال نفسه مضاربة الى الثاني وان ضمن الثاني يرجع بما ضمن على الاول لانه التزم له سلامة المقبوض له عن الضمان فاذا لم يسلم له رجع عليه بالمخالفة اذ هو مغرور من جهته كودع الغاصب وصححت المضاربة بينهما لانه لما كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع مستندا الى وقت التعدي فيتمين أنه دفع مضاربة ملك نفسه ويكون الربح بينهما على ما شرط الصحة المضاربة ويطيب للثاني ما ربح لانه يستحقه بالعمل ولا خيب في عمله ولا يطيب الاول لانه يستحقه برأس المال وملكه فيه ثبت مستندا فلا يخالو عن شبهة فيكون سبيله التصديق هذا اذا كانت المضاربتان صحيتين وأما اذا كانت احدهما فاسدة أو كلاهما فلا ضمان على واحد منهما لانه ان كانت الثانية هي الفاسدة صار أجيرا على ما بينا ولا قول أن يستأجر من يعمل في المال وان كانت هي الاولى فكذلك لان فسادها يوجب فساد الثانية لان الاولى لما فسدت صارت اجارة وصار الربح كله لرب المال ولو صححت الثانية في هذه الحالة لصار الثاني شريكا وليس للأجير أن يشترط غيره بل المضارب لا يملك ذلك فكانت فاسدة بالضرورة وكذا أجيرين وكذا اذا كانتا فاسدتين فاذا كانا أجيرين لا يضمن واحد منهما ولا يقال للأجير ليس له أن يستأجر للعمل فكيف جاز هنا للمضارب الاول أن يستأجر به فساد ما فسدت الاولى وهو أجير فيها لانه نقول الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها فلما كان له أن يستأجر في المضاربة الصحيحة كان له أن يستأجر في الفاسدة أيضا قال رحمه الله (فان دفع باذن بالثلث وقيل له ما رزق الله بينهما نصفان فللمالك النصف وللأول السدس وللثاني الثلث) أي دفع المضارب الاول الى المضارب الثاني بالثلث وكان رب المال قال للاول على أن ما رزق الله بينهما نصفان وربح الثاني فرب المال النصف والمضارب الاول السدس والمضارب الثاني الثلث لان الدفع الى الثاني صحيح لانه بأمر المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى وقد جعل الاول للثاني ثلثه فيصرف ذلك الى نصيبه لانه لا يقدر أن ينقص من نصيب رب المال شيئا فبقى له السدس ويطيب ذلك لكلهم لان رب المال يستحقه بالمال لانه غناه ملكه والمضارب الاول والثاني يستحقانه بالعمل لان عمل الثاني وقع عنهم فصار نظير من استأجر خياط الخياط له ثوبا بدينارهم واستأجر هو

عمل بنفسه والثاني على الاول مثل ما شرط له من الربح لانه عمل بمضاربة صحيحة فاستحق ما سمي له اه اتقاني (قوله غيره وكذا اذا كانتا فاسدتين) قال الاتقاني وهذه الفصول الاربعة جوابها في الاصل اه وقوله الفصول الاربعة وهي أن تكون المضاربتان جائزتين أو فاسدتين أو الاولى جائزة والثانية فاسدة أو عكسه اه (قوله لا يضمن واحد منهما) أي لان المضارب الاول أجير في المال والثاني أجير الاول فصار كمن استأجر رجلا يعمل في ماله فاستأجره الأجير رجلا اه غاية (قوله فينصرف ذلك الى نصيبه) أي الى نصيب المضارب الاول اه

(قوله وزاد قيمة الثوب) هذه الجملة لم يذكرها الكاكي وذكروا قبلها اهـ وكتب على قوله (هـ) وزاد قيمة الثوب ما نصه عليك بالتأمل

في معناه اهـ (قوله في المتن ولا شيء للادول) أي لأنه جعل ماله لغيره فلا يبقى له شيء اهـ اتقاني (قوله ولا تدخره في ضمن عقد المضاربة) وإنما قبل الشرور بضمين العقد قال الاتقاني لأن الشرور إذا لم يكن في ضمن العقد لا يجب الضمان كما إذا قال لا تخرب هذا الطريق أمن فاسلكها فاسلكها فقطع عليه الطريق لا يجب الضمان اهـ (قوله في المتن والعبد) أي لعبد رب المال والتقييد بعبد رب المال لا بشرط لأن حكم عبيد المضارب كذلك وكذلك لو شرط لأجنبي (قوله إذا شرط المضارب رب المال الخ) وأما إذا شرط الثالث لابن المضارب أو لزوجته فالضاربة جائرة وما شرط لابن المضارب فهو لرب المال لأن ابن المضارب لا يجوز أن يستحق من غير مال ولا عمل اهـ فصار المشروط مسكوناً عنه وما سكت عنه من الربح فهو لرب المال اهـ اتقاني (قوله فكأن شرط للمولى نأى الربح) وعلى هذا فالوشرط ثالث الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المال لأن المشروط في قضاء دين أحدهما مشروط له اهـ اتقاني (قوله والا فهو للمولى) أي لأنه لا يجوز أن يستحق ربحاً في المضاربة من غير عمل ولا مال اهـ (قوله فيكون له) أي لرب المال اهـ

غيره ليخيط له ذلك الثوب بنصف درهم وزاد قيمة الثوب طاب لهم جميعها لما قلناه أنه لا شبهة في إياها وهي تجارة حسنة حيث يستحق الأول سدس الربح وهو قاعد قال رحمه الله (ولو قيل ما رزقك الله بيننا نصفان) أي قال رب المال للادول ذلك والمسئلة بتجارتها (فللثاني ثلثه والباقي بين الأول والمالك نصفان) لأن رب المال هنا شرط أن يكون ما رزق الله المضارب الأول بينهما نصفين والمرزوق الأول هو الثالث لأن الثلث استحققه الثاني بشرط الأول وهو ما دون له فيه فلم يكن من رزق الأول إلا الثلثان فيكون ذلك بينهما نصفين ويطييب لهم بالاشبهة أيضاً المأذون له فيه فلم يكن من رزق الأول إلا الثلثان فيكون ذلك ما ربح بيننا نصفان ودفع بالنصف للثاني النصف واستمر يا فيما بقي) أي قال رب المال للمضارب الأول أي شيء ربحته فهو بينهما نصفان ثم دفع الأول للثاني بالنصف فللثاني نصف الربح لأن الأول شرط له ذلك بشرطه صحيح لأنه باذن المالك والباقي وهو النصف استوى فيه رب المال والمضارب الأول فيكون بينهما نصفين لأن رب المال لم يشترط لنفسه هذا النصف ما ربحه الأول ولم يربح هو إلا النصف والنصف الآخر صار للثاني بشرطه فلم يكن من ربح الأول وهذه هي المسئلة الثانية غير أن المشروط فيها للثاني الثلث فيبقى لهما الثلثان وفي هذه النصف فيبقى لهما النصف قال رحمه الله (ولو قيل له ما رزقك الله في نصفه أو ما كان من فضل فيبنتا نصفان فدفع بالنصف فلله المالك النصف وللثاني النصف ولا شيء للادول) لأن قول رب المال ما رزقك الله أو ما كان من فضل ينصرف إلى جميع الربح فيكون له النصف من الجميع وقد شرط المضارب الأول للثاني نصف جميع الربح فيكون له أيضاً النصف فلم يبق للأول شيء من الربح فيخرج بغير شيء كمن استأجر رجلاً ليخيط له ثوباً بدرهم فاستأجره لغيره ليجعل ذلك الثوب بدرهم بخلاف ما إذا قال ما ربحت بيننا نصفان أو ما رزقك الله حيث يكون رب المال فيه النصف ما بقي من الثاني وهي المسئلة المتقدمة على ما بينا والاصل فيه أن رب المال متى ما شرط لنفسه نصف الربح أو ثلثه من مطلق الربح فله ما شرط من جميع الربح وإن شرط لنفسه نصف ما ربحه المضارب الأول أو ثلثه فله ما شرط مما فضل من نصيب الثاني فلا يمكن أن يخرج الأول في هذه بغير شيء وفي الأول يمكن أن يربح ما ربحه الثاني أيضاً على ما تبين قال رحمه الله (ولو شرط للثاني ثلثه والمسئلة بتجارتها ضمن الأول للثاني سدساً) أي سدس الربح من ماله لأن رب المال شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحقاق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الأول لأن شرطه صحيح لكونه معلوماً لكن لا ينفذ في حق رب المال إذا لا يقدراً بغير شرطه فيقرم له قدر السدس لأنه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد ولا تدخره في ضمن عقد المضاربة وهو أيضاً سبب لار جوع كمن استأجر رجلاً ليخيط ثوباً بدرهم فدفعه لغيره ليجعل ذلك الثوب بدرهم ونصف قال رحمه الله (وان شرط للمالك ثلثه ولعبد ثلثه على أن يعمل معه ولنفسه ثلثه صح) أي إذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد مع المضارب ولنفسه ثلث الربح جاز لأنه اشتراط للعبد يكون اشتراط للمولى فكأن شرط للمولى ثلثي الربح واشتراط عمل العبد غير مفسد لأنه من أهل أن يضارب في مال مولاه وللعبد يد حقة وله أن يكون للمولى ولاية أخذه أو دعه العبد وإن كان محجوراً عليه لا سيما هنا لأنه يكون العبد مأذوناً بالاشتراط العمل عليه فلا يكون يد مولاه ثابتة فيه بعد التسليم إليه فحدثت المضاربة لرب المال بد المولى عن المال بخلاف ما إذا شرط عمل رب المال لأن بقاء يده يمنع تسليم المال إلى المضارب فلا يجوز ثم إن لم يكن على العبد دين فهو للمولى سواء شرط فيه العمل العبد أو لم بشرط وإن كان عليه دين فهو لغرمائه إن شرط عمله وإن لم يشترط عمله فهو للمولى وهذا ظاهر لا يشترط عمله صار مضارباً في مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرماء أو دوا لغيره وللمولى وإن لم يشترط عمله فهو لأجنبي عن العقد فكان المشروط كسكوت عنه فيكون له لأنه غنا ملكه إذا لا يشترط بيان نصيبه وإنما يشترط بيان نصيب المضارب لكونه كالأجير وكذلك إذا شرط الثلث لعبد المضارب يستحق سوا ما شرط عليه العمل

(قوله فيكون كأنه شرط للمولى من الاستداه) أي فيكون المضارب الثلثان ولرب المال الثالث اه (قوله فبطل) فصار كالمسكوت عنه وما سكت عنه فهو رب المال كما تقدم اه (قوله في المتن وتبطل عوت أحدهما) لأن المضارب يتصرف في المال بأذن رب المال كالوكيل فإذا مات رب المال بطل الأذن فلم يجز التصرف في مال الغير بغير إذنه وكذلك إذا مات المضارب تبطل المضاربة لأنه بمنزلة الوكيل وموت الوكيل يبطل الوكالة ولا ينتقل ذلك إلى ورثته فكذلك هذا قاله الاتفاق في رجه الله ثم قال اعلم أن عقد المضاربة بمنزلة الوكالة الخاصة لم يكن يفترقان في مسائل منها ما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الأسدي في شرح الكافي في باب شراء المضارب وبيعه وإذا أراد المضارب أن يرد عبدا قد اشتراه بالعيب فطلب البائع عين المضارب ما رضى بالعيب ولا عرض له على البيع من هذا اشتراء فبطل المضارب عن اليمين بقي العبد على المضاربة لأن أقصى ما في الباب أن يجعل هذا اشتراء مبدئياً ولو اشتراه ابتداء صح فكذلك إذا استرد بالعيب وكذلك لو أقر بالعيب يلزمه العبد على المضاربة بما ذكرنا بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الشراء فلا يصح إقراره ومنها ما ذكر في شرح الكافي أيضاً في باب المضارب يدفع المال مضاربة وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم مضاربة بالنصف وقال له اعمل فيه برأيك فدفعه المضارب إلى رجل مضاربة بالثلث فعمل به فربح فله مضارب الآخر (٢٦٦) ثلث الربح وللأول سدسه ولرب المال نصفه فان دفع الثاني إلى ثالث مضاربة

أو لم يشترط أن لم يكن عليه دين لأن ما شرطه للمولى فيكون كأنه شرط للمولى من الابتداء وإن كان عليه دين أن شرط عمله جاز وكان المشروط لغرمائه وإن لم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرطه له رب المال عند أبي حنيفة رجه الله لأن المولى لا يملك كسب عبده المدين عنده فلا يكون المشروط للعبد مشروطاً للمولى فتعذر تصحيحه له وكذلك لا يمكن جعله للعبد من غير عمل فبطل بخلاف ما إذا شرط للعبد رب المال بلا عمل فإن العبد أن لم يستحقه يبقى في ملك رب المال فيكون له لأنه نعمة له وعندهما المولى يملك كسب عبده المدين فاشتراطه للعبد يكون اشتراطاً للمولى فيصح هذا إذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون له عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على مولاه لا يصح أن لم يكن عليه دين لأنه اشتراط العمل على المالك بخلاف العكس وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة رجه الله لأن المولى لا يملك كسب عبده المدين فصار من أهل أن يعمل في مال المضاربة وعندهما يملك كسب عبده المدين فلا يجوز ولو شرط بعض الربح لمساكن رب المال أو المضارب أن شرط عمله جاز عمله وكان المشروط له لأنه صار مضارباً له باشتراطه العمل عليه وهو من أهل أن يضارب في مال مولاه لأنه كالأجنبي عنه وإن لم يشترط عمله لا يجوز لأن هذا ليس بمضاربة وإنما المشروط هبة موعودة فلا يلزم وعلى هذا غيره من الأجانب أن شرط له بعض الربح وشرط عليه عمله صح والافلاوي يعمد كذا أن اشتراط عمل العبد مع المضارب في المختصر ووقع اتفاقاً أو أعلاماً أن يده ليست بيد المولى حتى لا تمنع صحة المضاربة بخلاف اشتراطه على المولى قال رجه الله (وتبطل عوت أحدهما) لأن المضاربة وكالة وهي تبطل به ولا تورث وقد عرفت في موضعه قال رجه الله (وبالحقوق المالك مرتداً) يعني تبطل المضاربة بالحقوق رب المال يدار الحرب مرتداً لأن الحقوق بمنزلة الموت ولهذا يورث ماله وتعتق أمهات أولاده ومذبروه وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضارب به عند أبي حنيفة رجه الله على النفاذ بالإسلام أو البطلان بالموت أو القتل لأنه يتصرف له فصار كمن تصرفه بنفسه ولو كان

وقد كان قال الثاني اعمل فيه برأيك له أن يشارك به وأن يخطئه بحاله فرق بين هذا وبين الوكيل إذا قال اعمل برأيك كان للوكيل أن يوكل غيره ولو قال الوكيل الأول للثاني اعمل فيه برأيك لم يكن للثاني أن يوكل غيره لأن الأول استفاد ولاية التوكيل بالأذن والأذن وجد في حقه خاصة فلا تثبت هذه الولاية بخلاف المضارب لأنه استفاد هذه الولاية بعقد الشركة لأنه استفاد ولاية التجارة مطلقاً بقوله اعمل فيه برأيك فملك جميع أنواع التجارات وهذا نوع تجارة فلك التفويض إلى غيره ومنها أن الوكيل

إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعد الشراء فإنه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما أخذه ثانياً لا يرجع به مرة المضارب أخرى والمضارب يرجع على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يصل الثمن إلى البائع وهو مذكور في الهداية قبيل فصل في الاختلاف من كتاب المضاربة والفرق أن الثمن إذا تولى في يد الوكيل قبل التسليم إلى البائع يرجع به على الموكل ثم لو تولى ثانياً يملك الرجوع لأن الوكيل يتصرف لنفسه ولهذا كانت العهدة عليه لكن لما أدى الثمن بامر له أن يرجع عليه وإذا رجع مرة أخرى فقد قبض ما وجب له على الموكل وبرئت ذمته فلا يرجع ثانياً بخلاف المضارب فإنه قابض للمضاربة لأن نفسه عامل للمضاربة كذا قال شيخ الإسلام علاء الدين في باب المضاربة في المضاربة ومنها أن المضارب إذا اشترى بمال المضاربة عرضاً ثم عزله رب المال عن المضاربة لم يعمل عزله وإن علم بعزله وسيجب ذلك في المتن بعد منقوط وذلك لأنه لا يملك حجرة في هذه الحالة لتعلق حق المضاربة به وهو حق البيع ليربح عليه بخلاف الوكيل لأنه ينزل إذا علم أنه لم يتعلق حقه به ومنها (١)

(١) قول الحنفي ومنها كذا في الأصل وكتب الناسخ بعده لم يكتب الحنفي كما جرت بذلك عادته اه

(قوله فالمضاربة على حالها عندهم) قال في المجمع وبطل بموت رب المال وبردته (٣٧) ولحقه وبموت المضارب دون ردة اه

(قوله لان تصرفاته) أي
تصرفات المرتد اه (قوله
ولا يظهر الا بالنقض) في المغرب
نقض المأخوذ وخروجه من
الخبر أو نحوه وسيلانه قليلا
قليلا من حذضه ومنه
خدمان من دينك أي
ما تيسر وحصل وفي الحديث
يقسمان مائض بينهما من
العين أي صار ورقا وعينا
بعد ان كان متاعا والنقض
عند أهل الجواز الدراهم
والدنانير اه كما في وقوله
عند أهل الجواز الدراهم
والدنانير منه ما ذكره في الفائق
في حديث عمر رضي الله
عنه كان يأخذ الزكاة من
نائض المال هو ما ناض منه
أي صار ورقا وعينا بعد
ان كان متاعا اه اتقاني
(قوله لكن من خلاف
جنس رأس المال) أي بأن
يكون رأس المال دراهم
والنائض دنانير أو على العكس
اه اتقاني (قوله في المتن
ولو افتراقا) المراد من افتراق
رب المال والمضارب فتحقق ما
عقد المضاربة اه اتقاني
(قوله في المتن والا لا يلزمه
الاقتضاء) وقال الشافعي
يلزمه الاقتضاء وان لم يكن
في المال ربح كذا في شرح
الافطح اه اتقاني (قوله
لان حقوق العقد تتعلق
بالعقد) أي ولو ضمن العاقد
رب المال هذا الدين عن
الذي عليه الدين لم يبرز منه اه

المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها عندهم لان تصرفاته انما توقفت لما كان توقفه في ملكه ولا ملك له
هنا في مال المضاربة وله عبارة صحيحة فلا يتوقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة على حالها قال رحمه
الله (وينعزل بعزله ان علم) أي ينعزل المضارب بعزل رب المال اياه بشرط أن يعلم العزل لانه وكيل من
جهته فيشترط فيه العلم بعزله على ما بينا في الوكالة قال رحمه الله (وان علم والمال عروض باعها) أي
علم المضارب بالعزل ومال المضاربة عروض باع العروض ولا ينعزل من ذلك لان له حقا في البيع ولا يظهر
الا بالنقض فثبت له حق البيع ليظهر ذلك قال رحمه الله (ثم لا يتصرف في ثمنها) لان البيع بعد العزل
كان للضرورة حتى يظهر البيع ان كان فيه ولا حاجة اليه بعد النقص فصار كما اذا عزله بعد ما ناض وصار
من جنس رأس المال ولو عزله والمال نقد لم يكن من خلاف جنس رأس المال ليس له أن يبيعه بجنس
رأس المال قياسا لان النقد من جنس واحد من حيث الثمنية وفي الاستحسان له أن يبيعه بجنس رأس
المال لان الواجب على المضارب أن يرد مثل رأس المال وانما يتحقق ذلك برب جنسه فكان له أن يبيعه
بضرورة وموته وارتداد مع الحقوق وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله والمال عروض حتى لا يمنع
موت رب المال من بيعه كما لا يمنع عزله منه لان جواز بيعه له بعد العزل لاجل حق المضارب لاحتمال
أن يكون فيه ربح فيظهر وذلك لا يختلف بين أن يكون العزل حكما أو قصدا لان حقه ثابت فيه على
كل حال بخلاف ما اذا لم يكن له فيه حق بأن ناض كله أو كان وكلا لا مضارب با حيث يختلف فيه بين العزل
القصدي والحكمي حتى لا ينعزل في القصدي الا اذا علم وفي الحكمي ينعزل علم أولم يعلم على ما بينا من
الفرق بينهما في الوكالة وهنا لا فرق بينهما لان المانع هو ثبوت حقه وهو ثابت فيه على كل حال والدليل
على أنهم ما يستويان فيه أن العلم بالعزل لا تأثير له هنا فكذا كونه حكما لان القصدي بعد العلم يساوي
الحكمي مطلقا قال رحمه الله (ولو افتراقا في المال ديون ورجح أجبر على اقتضاء الديون) لانه كالاجير
والربح كالأجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كما في الاجارة المحضة قال رحمه الله (والا لا يلزمه
الاقتضاء) أي ان لم يكن في المال ربح لا يلزمه الاقتضاء لانه وكيل شخص وهو متبرع ولا جبر على المتبرع
على اتمام ما تبرع به ولهذا لا يجبر الوهاب على التسليم ولا يقال الرق واجب عليه وذلك انما يكون بالتسليم
كما أخذ لانا نقول الواجب عليه رفع الموانع وذلك بالخفية لا بالتسليم حقيقة قال رحمه الله (ويؤكل
المالك عليه) أي يؤكل المضارب المالك وهو رب المال على الاقتضاء لان حقوق العقد تتعلق بالعقد
ورب المال ليس بعاقده فلا يتمكن من المطالبة بالتركيبه فيؤمر بالتركيبه كيلا يضيع حقه وعلى هذا
كل وكيل بالبيع وكل مستبضع اذا امتنع من التقاضي لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على أن يحيل
صاحب المال كيلا يضيع حقه قال رحمه الله (والسهمسار يجبر على التقاضي) لانه يبيع ويشترى
لناس عادة بأجرة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليه التقاضي والاستيفاء
لان وصول اليه بدل عمله فصار كالمضارب اذا كان في المال ربح والسهمسار يكسر الاول المتوسط بين البائع
والمشتري فإرسائه معتز به والجمع السهمسارية يبيع ويشترى للناس بأجرة من غير أن يستأجر ولو استأجر
بأجرة معلومة على أن يشتري أو يبيع شيئا معلوما لا تجوز الاجارة لانه استأجر على عمل لا يقدر على اقامته
بنفسه فان الشراء والبيع لا يتم الا بمساعدة غيره وهو البائع والمشتري فلا يقدر على تسليمه والحيلة في
جوازه أن يستأجره يوما للخدمة فيستعمله في البيع والشراء الى آخر المدة لان العقد يتناول المنفعة وهي
معلومة ببيان قدر المدة وهو قادر على تسليم نفسه في المدة ولو عمل من غير شرط وأعطاه شيئا لأبس
به لانه عمل معه حسنة فجازا مخيرا وبذلك جرت العادة وما رآه المؤمنون حسنة فهو عند الله تعالى حسن
قال رحمه الله (وما هلك من مال المضاربة من الربح) لانه تابع ورأس المال أصل له ووجوده بدون
الربح لا الهالك فوجب صرف الهالك الى البيع لاستحالة بقاءه بدون الأصل كما يصرف الهالك

لان العقد جعله أمينا فلا يلزم ان يجعل نفسه شيئا فيجعل العقد أمينا اه غاية

(قوله الى العفو في الزكاة) أي عفا أي حنيفة وأبي يوسف اه اتقاني (قوله اذ لا يتصور بقاء التبعية الخ) قال في قسم المبسوط من الشامل ولو ربح ألفين فأخذ رب المال رأس ماله ألتأوا أخذ المضارب من الألفين حصته ألتأولم يأخذ رب المال حصته حتى هلك رد المضارب نصف ما أخذ من الربح لأن رب المال ما لم يأخذ فهو وعلى المضاربة وهو ما كانه لم يكن الربح الا في يد المضارب وان كان ما أخذ المضارب هلك به المثل من ماله لأنه صار مستوفيا حقه فخرجت من المضاربة والاصل أن ما يستوفيه المضارب لنفسه صار في ضمانه والذي لم يستوفه ورب المال باق على حكم المضاربة اه اتقاني (قوله فصل اعلم أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع) هذه الأنواع الثلاثة قد تقدمت عند قوله في المتن ويبيع بقدر ونسبة تقسلا عن الاتقاني فراجعها اه (قوله وهو ما هو معتاد بين التجار) قال في الهداية لأنه الأمر العام المعروف بين الناس قال الاتقاني أي المضارب له (٦٨) ولاية الأمر الشائع المشهور في عرف الناس يعني به ما هو من صنيع التجار والدليل

الى العفو في الزكاة قال رحمه الله (فإن زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب) لأنه أمين فلا يكون ضمنيا التنافي بينهما في شيء واحد قال رحمه الله (وانه قسم الربح وبقية المضاربة ثم هلك المال أو بعضه ترا إذا ربح الربح أيا أخذ المالك رأس ماله) أي إذا اقتسم الربح والمضاربة باقية على حالها ولم يفسد ما بها بأن اقتسما بعض المال وجزءه في يد المضارب على أنه رأس المال والمقتسم ربح ثم هلك المتروك في يده وهو أمانة ترا إذا ربح الربح الذي اقتسمه حتى يستوفى في رأس ماله لأن الربح تابع ورأس المال أصل فلا يسلم الربح بدون سلامة الأصل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائه أو قال فرائضه فإذا هلك ما في يده تبين أنه ليس برأس مال وأن ما اقتسمه ليس بربح اذ لا يتصور بقاء التبعية بدون الأصل فيضمن المضارب ما أخذ من ماله على أنه ربح لأنه أخذ من نفسه حتى يتم به رأس المال بخلاف ما بقي في يده حيث لا يضمنه لأنه لم يأخذ من نفسه وما أخذ من رب المال محسوب عليه من رأس المال وتطيره عزل الورثة بعض التركة لقضاء الدين الميت به ثم اقتسمهم ببقية التركة ثم هلك المهرول فإن قسمتهم قد بطلت ووجب عليهم التراد لقضاء الدين فإن كان فيهم غير محسوب عليهم من الدين لأن الورثة لا يسلم لهم شيء إلا بعد قضاء الدين قال رحمه الله (وما فضل فهو بينهم) أي ما فضل من رأس المال بعد التراد يكون بينهم لأنه ربح لأن رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء رأس ماله الا في الربح قال رحمه الله (وان قسم الربح وفسخت ثم عقدت اها فهلك المال لم يتراد الربح الاول) أي لو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقدت اها ثانيا فهلك المال بعد ذلك لم يتراد الربح الاول لأن المضاربة الاولى قد انتهت بالفسخ وببوت الثانية بعقد جديد فهلك المال في الثانية لا يوجب انتفاض الاولى فصارت كما إذا دفع اليه مالا آخر وهذه هي الحيلة فيما إذا خاف المضارب أن يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي في يده من رأس المال وصورة هذه الحيلة أن يسلم المضارب رأس المال الى رب المال ثم يقتسم الربح ثم يرد رب المال رأس المال الى المضارب ويقول له اعمل على المضاربة فتكون بذلك مضاربة مستقبلة فهلك المال فيها بعد ذلك لا يوجب رد الربح الذي كان في الاولى وهكذا إذا فعل ذلك في كل ما اقتسمه لا يجب عليهم التراد عند الهلاك

(فصل) اعلم أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بطلاق عقد المضاربة وهو ما هو معتاد بين التجار كالرهن والارتمان والايجار والاستئجار للركوب أو الجمل والشراة ولو سفينه اذا احتاج اليها

على أن له هذه الولاية أنه يشتري دابة للركوب والجمل ولا يشتري سفينة للركوب ولا يشتري سفينة للعمل اعتبارا لصنيع التجار قال في قسم المبسوط من الشامل دفع مضاربة على أن يشتري الطعام خاصة له أن يستأجر لنفسه أو يشتري دابة للركوب والحولة لأنه مما يفعله التجار ولا يشتري سفينة يحمل فيها الطعام لأنه ليس من عادة التجار لا جرم في بلد عادتهم ذلك يجوز ولو كانت المضاربة عامة جاز شراء السفينة أيضا لأنه وقعت عامة كذا في الشامل اه وكتب ما نصه قال الاتقاني رحمه الله والحاصل أن المضارب على رب المال ما هو وتجارة من كل وجهه أو ما هو من صنيع التجار بأن لم يكن للتجار منه بدأما ما ليس بتجارة من كل وجهه أو هو تجارة من وجهه

دون وجهه وليس ذلك من صنيع التجار لا علم المضارب على رب المال ومن هذا قلنا ان المضارب لا يملك تزويج غلام وتأخير المضاربة لأنه ليس بتجارة اه وكتب أيضا ما نصه قال في الهداية ولو احتال بالثمن على الأيسر على الاعسر جاز لأن الحولة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الاطر لان تصرفه مقيد بشرط النظر قال الاتقاني يعني لو قبل المضارب الحولة من المشتري بالثمن على غير المشتري جاز وان كان المحتال عليه أعسر من المشتري لأن ذلك من صنيع التجار لأن له أن يقابل البيع مع الاول ثم يبيع من الاعسر بخلاف الوصي يقبل الحولة من مشتري مال اليتيم على أعسر منه حيث لا يجوز لأن ولايته نظرية وليس في ذلك نظر اه

(قوله متعارف) قد ذكرنا فائدة التقييد به عند قوله في المتن فيما سبق ويصح بنقد ونسيئة اه (قوله ولو بعد البيع) قال في الهداية ولو باع ثم أخرج الثمن جاز بالاجماع قال الاتقاني يعني المضارب يملك تأجيل ثمن البيع بالاتفاق وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد ظاهر لان الوكيل بالبيع يملك ذلك فالمضارب أولى لان ولاية المضارب أعم لانه يصير شريكاً في الربح دون الوكيل وأما أبو يوسف فيجوز عنده تأجيل المضارب دون الوكيل لان المضارب يملك أن يشتري السلعة ثم يبيعها بنفسه فملك التأخير وهذا لانه يملك الاقالة فاذا ملك الاقالة كان له أن يؤجل وكأنه باع بنسيئة ابتداء والوكيل لا يملك الاقالة فلا يملك التأجيل اه (قوله وليس بمضاربة) أي لانها لا تصح الا في مال عين واذا لم تكن مضاربة لم يبق الا أن تكون بينهما شركة وجوه اه اتقاني (٣٩) (قوله ولو كان معه دراهم فاشترى بمكيل أو موزون الخ) قال الاتقاني

ومن جملة الاستدانة ما اذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بمكيل أو موزون أو يهدأ أو واشترى بثوب مخصص إلى أجل لان الشراء بغیر الأثمان استدانة على المال ألا ترى أنه ليس في يده من مال المضاربة ما يؤديه فاما اذا كان في يده دراهم فاشترى بدنانير أو كان في يده دنائير فاشترى بدراهم فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه اشترى بجنس ليس في يده كما لو اشترى بالعروض وانما استحسنوا فقالوا يجوز لان الدراهم والدنانير قد أجزا عند التجار يجري الجنس الواحد ألا ترى انهما أثمان وجههما يهضي في النفقات والاروش وفيهم المنلفات ولا تعذر نقل كل واحد منهما إلى الآخر فكانه اشترى بجنس هو في يده وأما الفاوس فالقياس فيها ما ذكرنا والاستحسان أن تكون

وتأخير الثمن إلى أجل متعارف ولو بعد البيع لانه يملك الاقالة بخلاف الوكيل بالبيع عند أبي يوسف رحمه الله حيث لا يجوز تأجيله الدين بعد البيع لانه لا يملك الاقالة ثم يبيع بنسيئة وهنالك نوع لا يملكه بطلاق العقد وملكه اذا قبل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيما تحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة وخط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لان رب المال رضى بشركته لا بشركته غيره وهو امر عارض لا تتوقف التجارة عليه فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه هو طر يوق في التمرقن هذا الوجه موافق له فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دال عليه ونوع لا يملكه بطلاق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا أن ينص عليه وهو الاستدانة لان فيه شغل ذمته بالدين فلا يدل عليه اللفظ وصورته هو أن يشتري بالدين بعد ما اشترى برأس المال كله فوعا من التجارة فاذا فعل ذلك بأمره كان المشتري بينهما على ما شرط اوربجه تباع لصله حتى يستحقه بقدر استحقاقهما الاصل ويبطل شرطهما فيه خلاف ذلك اذ هو شركة وجوه وليس بمضاربة لانه اذا اشترى برأس المال عروضا ثم اشترى شيئاً آخر بالدين يكون زائداً على رأس المال فلم تنعقد عليه المضاربة أو واشترى بأكثر من رأس المال ابتداء كان حصته دفع الزيادة شركة لانه لو لم ينص عليه كان ينفذ على المضارب فاذا أذن له نفذ عليه ما وأخذ السفاتج مثله لانه استدانة وكذا اعطاه لانه اقراض والعق على مال وغير مال والكتابة والهبة والصدقة كل ذلك ليس من باب التجارة فلا يملكه الا بالهبة ولو كان معه دراهم فاشترى بمكيل أو موزون أو معدود فنقد على المضارب لانه استدانة ولو اشترى بدنانير كان للمضاربة استحساناً لانها جنس واحد من وجه قال رحمه الله (ولا تفسد المضاربة بدفع المال إلى المالك بضاعة) وقال زفر رحمه الله تفسد ولا يستحق المضارب من ربحه شيئاً لان رب المال يتصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيله فيه لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهذا عامل لنفسه فكيف يصلح وكيله لغيره فيسهل بل يكون مسترداً لماله لانه يملك عزله واسترداده في أي وقت شاء اذ لم يتعلق به حقه فصار كما اذا لم يسله اليه من ابتداء أو كما اذا أخذ بنفسه من غير دفع المضارب اليه وهو ناض وكما اذا دفعه اليه مضاربة والجامع ان كل واحد منهما يمنع التخلية ومن شرطه أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولان المضاربة اجارة والاجارة الاستعانة بالمؤجر وفعله المؤجر لا يستحق الاجر كالخياط اذا استعان بصاحب الثوب فخطه لا يستحق الاجر عليه فكذلك هذا ولنا أن التسليم قد وجد وصار التصرف بعد ذلك حقاً للمضارب فيصالح أن يكون رب المال وكيله فيه كالأجنبي ولان المضاربة فيها معنى الشركة أربح حتى جاز من غير توقيت ويهض ما يخرج من العمل ولو عمل ولم يربح شيئاً لم يستحق شيئاً ولو كان اجارة لاستحق الاجر بالعمل وانما يستحقه فرعاً على عمله كما يستحقه رب المال فرعاً

كالدراهم على قول من جهوز المضاربة ببيعها لانها ثمن كسائر الأثمان وعلى قول أبي يوسف لا تجوز المضاربة بثبها كالعروض فلا يجوز الشراؤها اذا لم تكن في يده كذا ذكرنا القدر في شرح مختصر الكرخي اه (قوله فكيف يصلح وكيله الخ) فان قلت كيف يصح إضافة الإيضاع إلى المضارب وانما يصح ذلك اذا كانت البضاعة للبضع ولا مال للمضارب قلت ليس بشرط أن تكون البضاعة ملكاً للبضع لان تفسير الإيضاع الاستعانة بالغير في التصرف ورب المال يصلح معنائه والاستعانة بالأجنبي جائزة قرب المال أولى لان شفقتة في ماله أكثر اه اتقاني (قوله أو كما اذا أخذ بنفسه) قال الاتقاني حتى لو أخذ رب المال بغير رضاه وعمل فيه انتفعت المضاربة اه (قوله وكما اذا دفعه الخ) أي حيث لا يجوز أن يكون مضاربة لان الأولى تفسد والمفهوم منه أنها تفسد وليس كذلك اه فإرى الهداية رحمه الله قال في الجمع أو دفع المال إليه مضاربة حكماً يبقاء الأولى لا بانفساخها اه

(قوله حيث تكون هذه الاشياء مبهمة الخ) قال الاتقاني بخلاف ما اذا شرط العمل على رب المال ابتداء فانه لا يصح لعدم شرط العقد وهو
التخليه لان شرط العمل على رب المال يمنع التخليه اهـ وعلى هذا فيجوز ان يكون (١) (قوله فتخرج بهما من ان تكون مضاربة) اما
المضاربة الاولى فيما اذا دفع اليه فباقية على حالها فلا يصح الا لزام المتقدم اهـ قارئ الهداية وكتب ما نصه قال الاتقاني وبخلاف
ما اذا دفع المضارب الى رب المال مضاربة بالنصف حيث لا تصح المضاربة الثانية لان المضاربة عقد شركة بان يكون المال من الدافع والعمل
من المضارب والرجح على الشركة ولا مال هنا للمضارب فلو جاز مع ذلك يلزم قلب الموضوع في التصرف فلم تبطل المضاربة الاولى اهـ (قوله
في المتن وكوبه) يفتح الراعي ركب عليه (٧٠) في المال أي بالمعروف اهـ كي قال الامام الاسيحياني في شرح الطحاوي ولا ينبغي

أن يسرف في النفقة وانما
ينفق على المعروف عند
التجار واذ جاز ذلك ضمن
الفضل اهـ اتقاني وكتب
ما نصه فان قيل رضى بنصيبه
من الربح فلا يستحق الزيادة
عليه من غير شرط قيل له
النفقة ليست بمسحقة له
لكنها من مؤن المال كأجر
الاجير للمثل في المال
وأجرة الجاهل وقال في شرح
الطحاوي ولو خرج الى السفر
بماله ومال المضاربة جميعا
كانت النفقة على قدر
المالين بالخصص اهـ اتقاني
(قوله فتجب مؤنته الراتبه)
أي الثابتة اهـ اتقاني (قوله
بخلاف الوكيل والمستبضع)
قال الاتقاني لا تجب النفقة
للمستبضع في مال البضاعة
لانه متطوع فيها الا ان يكون
أذن له فيها اهـ (قوله لانه لم
يحتبس بمال المضاربة)
وبخلاف المضاربة الفاسدة
اذا سافر لانه أجير فلا يستحق
النفقة اهـ كي وقوله فلا
يستحق النفقة أي من مال

على المال فاذا كان الاستحقاق بهذا الطريق صلح رب المال معينا للمضارب لانه عامل فمكان عمله ثابتا تقديره
وكذا انه فلا يكون بأخذه لا على وجه الفسخ مبطالا لها كالراهن اذا استعار الرهن لا يكون فسخا للرهن
بخلاف ما اذا أخذه بنفسه من غير أن يدفع اليه المضارب لانه لا يمكن أن يجعل معينا هذا لعدم الاستعانة
به فيقع العمل بنفسه ضرورة أنه عاك ذلك والاسترداد اذا كان المال فاضا حتى لو كان عروضا وأخذ من
غير دفع المضارب لا يكون استردادا لانه لا يملك عزله في هذه الحالة وبخلاف ما اذا لم يسلمه اليه ابتداء أو
أخذه بعد التسليم على وجه المضاربة أو شرط عليه العمل ابتداء حيث تكون هذه الاشياء مبهمة
للمضاربة لانها تمنع التخليه أو يكون المال والعمل مستحقين من شخص واحد فتخرج بهما من أن تكون
مضاربة وبخلاف مسائل الخياط لانهم الجارة محضه فلا يتصور أن يقع عمل صاحب الثوب عن الاجير
اذ تسلم المنفعة أو العمل شرط في الاجارة ولا كذلك المضاربة لان فيها معنى الشركة على ما بينا قال رحمه
الله (فان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في مال المضاربة وان عمل في المصروف نفقته في ماله
كالدواء) أي اذا سافر المضارب للتجارة في مال المضاربة فأكله ومشربه وملبسه وركوبه يكون في مال
المضاربة وان عمل في مصروفه في ماله كما يكون الدواء في ماله مطلقا لان النفقة تجب بسبب الاحتباس
كنفقة القاضي والزوجة وهو اذا سافر صار محبوسا به فتجب مؤنته الراتبه في ماله بخلاف الدواء لانه من
العوارض وبخلاف الاجير لانه يستحق البدل بيقين فلا يتضرر بالاتفاق من ماله والمضارب لا يستحق
الاربح فيمكن أن لا يحصل فيه ربح فلو لم ينفق منه لم يتضرر بخلاف الوكيل والمستبضع لانهم ما متبرعان
فيه وبخلاف ما اذا كان يعمل في مصروفه لانه لم يحتبس بمال المضاربة فلا تجب له النفقة فيه وهذا لانه
ساكن بالسكن الاصل ووجوب النفقة على الغدير بسبب الاحتباس به فلم يوجد فتكون نفقته في ماله
وهو القياس في المضارب المسافر لانه بمنزلة الوكيل أو الاجير أو الشريك وكل واحد منهم لا يستحق النفقة
فيما يعمل به فكذا هذا اذا تكرر كانه ما ذكرنا من المعنى ولان العادة قد جرت أن المضارب يأكل من مال
المضاربة اذا عمل في غيره مصروفه في مصروفه كل من ماله والمكان القريب من مصروفه بمنزلة مصروفه والفاصل
أنه اذا كان في مكان بحيث يمكنه أن يغدو ويروح الى منزله فهو كمصروفه لان أهل السوق يتجرون في السوق
ثم يبيتون في منازلهم وان لم يمكنه أن يبيت في منزله فتؤنته في مال المضاربة لانه صار محبوسا به ومن مؤنته
الواجبة فيه غسل ثيابه وأجره من يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه كالخجاز وأجرة
الحمام والخلق وقص الشارب كل ذلك من مال المضاربة لان العادة جرت به اولان نظافة البدن والقيام
توجب كثرة من يعامله لان صاحب الوسخ تعدد الناس من المفاليس فيجتنبون معاملته فيطلق له من ذلك
كاه بالمعروف حتى اذا زاد يضمن ولو رجع الى بلده وفي يده شيء من النفقة رده الى مال المضاربة كالحاج

المضاربة اهـ (قوله لانه ساكن بالسكن) أي لا لاجل المال اهـ (قوله والدهن في موضع يحتاج اليه) قال الاتقاني
اعلم أن الدهن في مال المضارب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد الدهن في مال المضاربة وجه قولهم ما أن الدهن ليس بمتاع ولا تدعو
اليه الضرورة فصار كأجرة الطبيب وجه قول محمد أن الدهن يستعمل لمنفعة في البدن وغيره غير نادر كالطعام والشراب كذا ذكر القدوري
في شرحه وقال أبو الحسن الكرخي وليس في الخضاب رواية عن أبي يوسف ومحمد والظاهر أنه كالحجامة وروى عن أبي يوسف أنه سئل عن
اللحم فقال كما كان يأكل اهـ (قوله ولو رجع الى بلده وفي يده شيء) أي شيء من ثياب أو طعام أو غيره رده لان جواز الاستفاد لدفع الحاجة

(٤) قول المحشي فيجوز أن يكون هكذا في الاصل والكلام منقطع كما ترى وكتب الناسخ لم يكتب المحشي فخر اهـ مصححه

في زمان تفرغ نفسه لاهل المضاربة ولم يبق على تلك الحال فيؤمر بالرد الى مال المضاربة انقضى (قوله استرده الزوج) هكذا هو في النهاية
والدراية نقلا عن المبسوط فاعلم اه (قوله فصار كالنفقة) قال الاتقاني وأما الدواء والحجامة ونحو ذلك فليس له ذلك لان النفقة للطعام
والكسوة ألا ترى أن القاضى يقضى بنفقة الزوجة بالطعام والكسوة ولا يقضى بالدواء والحجامة كذلك ههنا لأن يكون في موضع
جرت العادة فيه بذلك وذكر عن الحسن بن زياد أنه كان يقول يجوز له أن ينفق في الحجامة وحلق الشعر ونحو ذلك قال النفق ومعنى هذا إذا
كان في موضع جرت العادة فيه بذلك اه (قوله في المتن وقيل له اعمل برأيتك فهو متطوع) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورته فيه محمد
عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى به امتاعا وقد كان صاحب المال قال له اعمل فيه برأيتك
فلما اشترى المتاع حله بمائة من عنده أو قصره بمائة من عنده قال فهو متطوع فيما صنع وليس له من المائة شيء في رأس المال وإن كان
صبغ الثياب حرا كان شريكا بما زاد الصبغ في الثياب ولا يضمن الثياب الى هذا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير والأصل هنا ما ذكرنا
في أول كتاب المضاربة أن تصرفات المضارب ثلاثة أقسام قسم منها لا يملكه المضارب إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة فإذا
عرفت ذلك قلنا إذا حملها بمائة من عنده فقد استدان على المضاربة بعد استئجار رأس المال فلا ينفعه على رب المال فيكون له متبرعا
وكذا إذا قصرها بمائة من عنده ولا يصير شريكا في المال لان التصارفة ليست بعين مال (٧٩) قائم في الثوب وأما إذا صبغها لم يملك

ذلك على المضاربة لما قلنا
لكن لا يضيع ماله ألا ترى
أن الغاصب لو قصر بضيع
ماله ولو صبغ لا يضيع فهو هنا
أولى ولهذا لو صبغها أحرأ
أعصر لم يكن للمالك أن
يأخذ منه شيئا بل يتخير رب
الثوب إن شاء أخذ الثوب
وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ
فيه يوم الخصومة لا يوم
الاتصال بشوبه وإن شاء
ضممه بجميع قيمة الثوب
أبيض يوم صبغه وترك الثوب
عليه فكذلك هنا يصير
شريكا بقدر ماله حتى لو
صبغ الثوب بأخذ المضارب
من الثمن ما زاد الصبغ فيه
وما بقي يكون على المضاربة

عن الغير إذا بقي شيء في يده برده على المحجوج عنه أو الورثة وكالغاري إذا خرج من دار الحرب برذالي
الشنمية مأمومه من النفقة وكالامة إذا بواها للمولى بمنزلة مع الزوج ثم أخرجهما للخدمة وقد بقي شيء من
النفقة في يدها استرده الزوج وعن الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الدواء أيضا يكون في مال المضاربة
لأنه لا صلاح بدنه وعسكرته من العمل فصار كالنفقة وجه الظاهر أن النفقة معلوم وقوعها والحاجة الى
الدواء من العوارض فكان موهوما فلا يجب ككفا في حق المرأة وفي النهاية الشريك إذا سافر عمال
الشركة فنفقته في ذلك المال روي ذلك عن محمد رحمه الله وذكر في الكافي بعد ما ذكر وجوب النفقة
للمضارب في المال فقال بخلاف الشريك لأنه لم يجز التعارف أن الشريك العامل ينفق على نفسه من
مال الشريك الآخر قال رحمه الله (فإن ربح أخذ المالك ما أنفق من رأس المال) أي إذا ربح المضارب
أخذ رب المال قدر ما أنفق المضارب من رأس المال حتى يتم به رأس المال فإذا استوفى رأس ماله وفضل
شيء اقتسماه لأن رأس المال أصل والربح مبنى عليه فلا يسلم لهما الفرع حتى يسلم لرب المال الأصل وهذا
لأن الذي ذهب بالنفقة هالك والهالك يصرف الى الربح على ما بيناه قال رحمه الله (فإن باع المتاع من الربحة
حسب ما أنفق على المتاع لا على نفسه) يعني إذا باع المضارب المتاع الذي أنفق عليه ضم جميع ما أنفق
على المتاع من أجرة الحمل والطارز وأجرة السمسار والصباغ والقصار ونحو ذلك مما ذكرنا في باب المراجعة
الى رأس المال بأن يقول قام على بكذا لأن هذه الأشياء تزيد في القيمة وتعارف التجار الحماقة برأس
المال في بيع المراجعة فجاز ذلك ولا يضم ما أنفق على نفسه في سفره وتقلباته في المال الى رأس المال
لأنهم لم تعارفوا ضمه الى رأس المال ولا يزيد هو أيضا في قيمة المتاع بخلاف الاتفاق على المتاع لأنهم بالزيادة
على الثمن صارت في معنى الثمن قال رحمه الله (ولو قصره أو حمل بماله وقيل له اعمل برأيتك فهو متطوع)

ولا يكون المضارب ضامنا للثياب لأن رب المال قال له اعمل فيه برأيتك فنبت له ولاية الخلطة والشركة ولولا ذلك كان لرب المال أن يضمه أما
الاستدانة فلا تستفاد ولا ينبت بالاعتصم به ولم يوجد كذا قال قاضيان وغيره في شروح الجامع الصغير قال نفق الاسلام ونخص الحرف لان
السواد نقصان عند أبي حنيفة وأما سائر الألوان فثل الحرقة يعني إذا صبغ الثياب سودا كان كالتصاريق سواء عند أبي حنيفة لأن السواد
عنده نقصان وعندهما زيادة وهذا الاختلاف لا اختلاف الزمان ولا يضمن النقصان الذي دخل في الثياب بفعله لأنه مأذون فيه بعدد
المضاربة ألا ترى أنه لو كان في يده فصبغ الثياب سودا فنتقصم ذلك لم يضمن فكذا إذا صبغها بعمال نفسه كذا ذكر القندوري في شرح مختصر
الكرخي وقال في تجريد المحيط وإن صبغها المضارب بعصره أو زعفران أو صبغ آخر يزيد في الثوب فإن كان رب المال قال له في المضاربة
اعمل برأيتك فالمضارب لا يضمن وإن لم يقل له ذلك ضمن وإذا لم يقل له رب المال اعمل فيه برأيتك كان رب الثوب بالخيار فإن شاء ضمن المضارب
قيمة ثوبه أبيض يوم صبغه وإن شاء أخذ الثياب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم اتصال بشوبه كافي الغاصب وهذا إذا لم
يكن في مال المضاربة فضل فأما إذا كان في مال المضاربة فضل فبقدر ما كان حصص المضارب من الثياب لا يضمه فإن لم يفعل رب المال شيئا
من ذلك حتى باع المضارب الثياب جاز به ويرى من الضمان ولم يكن لرب المال أن يضمه من البيع وإذا جاز به ينظر بعينه ذلك إن باعها

مساومة يقسم الثمن بين رب المال وبين المضارب على قيمة الثياب غير مصبوغة وعلى قيمتها مصبوغة فتفاوت ما بينهما يكون قيمة الصبغ
 حتى إذا كان قيمة الثياب غير مصبوغة ألفا وقيمتها مصبوغة ألف ومائتان وبيعت بألف ومائتين فالألف للمضاربة والمائتان للمضارب بدل
 صبغه وإن باعها صراجه فأن هذا الثمن ينقسم على الثمن الذي اشترى المضارب به الثياب وعلى قيمة الصبغ الذي صبغ المضارب الثياب به
 وفي المتن رجل دفع إلى رجل ألف درهم (٧٣) مضاربة فأكثرت سفينة بمائة درهم والمال عنده على حاله ثم اشترى بالألف كله

يعني إذا قال رب المال للمضارب اعمل برأيك فاشترى بمال المضاربة ككله متاعا ثم نقله أو قصر ثيابه
 بمال من عنده يكون منقوطا لأن رأس المال لم يبق منه شيء فيكون تنفيذه على رب المال بعد ذلك
 استدانة من غير رادنه وهو لا يجوز على ما بينا وكذا لو زاد على الثمن بأن اشترى بأكثر من رأس المال يكون
 منقوطا في الزيادة وفي الكافي لو اشترى بكل رأس المال وهو ألف ثيابا واستقرض مائة للحمل راجح
 بألف ومائة عند أبي حنيفة رحمه الله لأنها قامت عليه بذلك وإن باعها بألفين كانت عشرة من ذلك حصه
 المضاربة أي عشرة أسهم على شرطهم ما وسهم للمضارب خاصة لأنه استقرضه لنفسه والكراء في ماله
 خاصة وعندهما يبيع الثياب صراجه على الألف لا غير والثمن كله على المضاربة وهو منقوط في الكراء
 لأنه فعلا بغير رادنه فصار كاستكراء الأجنبي وقال في المحيط في تعليل قول أبي حنيفة إن المضارب في الثياب
 حقا يضا هي الملك ألا ترى أنه لو نهى رب المال عن بيع الثياب لم يصح نهيه فكان بمنزلة المالك فقام الثياب
 عليه بألف ومائة فبيعها صراجه على الكل فإذا باعها صراجه يقسم ثمنها على ماله ما خاف أصاب مال
 المضاربة وهو عشرة أسهم بقيت المضاربة فيها على حالها وما أصاب المائة المستقرضة كان له خاصة قال
 رحمه الله (وإن صبغه أجرة فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لأن الصبغ عين مال قائم وقد
 اختلط بمال المضاربة وهو موقوف فيكون شريكا ضروريا بخلاف القصارقة والجلان لأنه ليس بعين مال
 قائم فلا يكون خلطا بمال المضاربة ألا ترى أنه يضيع على الغاصب دون الصبغ ثم إذا بيع المتاع قسم الثمن
 على قيمة الثوب أيضاً وعلى ما زاد من الصبغ فأصاب قيمة الثوب كان على المضاربة وما أصاب الزيادة
 كان له لأن الثمن مال مشترك فيقسم على قدر الانصباء وانما لا يضمن المضارب بهذا الخلط لأنه أذن
 فيه لأن قوله اعمل برأيك ينظمه فلا يكون به متعديا بل يكون شريكا كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان
 فألقته في صبغ غيره أو اختلط المال المودع بمال المودع بغير صنعه بخلاف ما إذا لم يقل له اعمل برأيك
 فإنه لا يكون شريكا بل يضمن كالغاصب قال رحمه الله (معه ألف بالنصف فاشترى به زوايا وباعه بألفين
 واشترى بهم ما عدا فضاغرا ألفا والمالك ألفا) أي غرم المضارب ورب المال ألفا ثم غرم رب المال
 وحده ألفا آخر فيغرم المضارب خمسمائة والمالك ألفا وخمسمائة (ورب ربع العبد للمضارب وباقيه
 على المضاربة ورأس المال ألفان وخمسمائة ويراجع على ألفين) لأن المال لما صار ألفين ظهر الربح في
 المال وهو ألف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فإذا اشترى بالألفين عدا صار العبد
 مشتركا بينهما فرب ربع للمضارب وثلاثة أرباع لرب المال ثم إذا ضاع الألفان قبل النقد كان عليهما
 ضمان من العبد على قدر ملكهما في العبد فرب ربعه على المضارب وهو خمسمائة وثلاثة أرباعه على رب
 المال وهو ألف وخمسمائة فنصيب المضارب خرج عن المضاربة لأنه صار مضمونا عليه ومال المضاربة
 أمانة بينهما تناف ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ما ينافيها وهو معنى قوله وباقيه على المضاربة
 يعني ثلاثة أرباع العبد ورأس المال هو جميع ما دفع رب المال إلى المضارب وهو ألفان وخمسمائة لأنه
 دفع إليه أولا ألفا ثم ألفا وخمسمائة ولا يبيع العبد صراجه إلا على ألفين لأنه اشتراه بألفين وهو معنى

طعنا ما وجدناه في السفينة
 فهو منقوط في الكراء ولو كان
 اشترى بتسعة مائة منها طعنا
 وبقيت في يده مائة فأذاها
 في الكراء لم يكن منقوطا وباعه
 صراجه على الكراء اه
 اتقاني وكتب ما نصه قال في
 البدائع ثم كالأيجوز للمضارب
 الاستدانة على مال المضاربة
 لا يجوز له الاستدانة على
 إصلاح مال المضاربة حتى
 لو اشترى المضارب بجميع
 مال المضاربة ثيابا ثم استأجر
 على جعلها أو قصرها أو فتلها
 كان منقوطا في ذلك كله لأنه
 إذا لم يبق في يده شيء من رأس
 المال صار بالاستئجار مستدينا
 على المضاربة فلم يجز عليها
 فصار عاقدا لنفسه منقوطا
 (قوله والجلان) الجلان
 أجرة ما يحمل عليه من الدواب
 كذا في الديوان اه اتقاني
 قال في مجمع البحرين والجلان
 بالضم والحمل مصدر رجل
 والجلان أيضا أجرة ما يحمل
 اه (قوله في المتن فضاغا)
 أي الألفان قبل النقد اه
 (قوله في المتن غسرا ألفا
 والمالك ألفا) قال الاتقاني
 رحمه الله قالوا هذا جواب

الخاصل يعني إن حصل الضمان يجب هكذا ولكن الألفين في الابتداء يجبان جميعا على المضارب ثم يرجع المضارب
 على رب المال بألف وخمسمائة لأن المضارب هو المباشر للعقد وأحكام العقد ترجع إليه اه (قوله ورب ربع العبد الخ) من قوله ورب ربع
 العبد الخ قوله على ألفين من المتن اه (قوله فرب ربع للمضارب) أي لأن ربع الثمن له اه (قوله وهو ألف وخمسمائة) فلما ملك المضارب
 ربعها بسبب ضمان ربع الثمن خرج ربعها عن المضاربة اه اتقاني (قوله لعدم ما ينافيها) أي إذا ضمان رب المال الثمن لا ينافي
 المضاربة اه (قوله لأنه اشتراه بألفين) أي وبيع المرابحة ببيع بالثمن الأول اه

(قوله ربح بينهما نصفان) أي لأن ذلك القدر هو الربح اه (قوله في الثمن وان اشترى من المالك بألف عبد الخ) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ثم اشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه أياه بألف على كم يبيعه من الرجحة قال على خمسمائة قال فان اشترى الذي أخذ المال مضاربة عبدا بألف فباعه من رب المال بألف ومائتين قال يبيعه رب المال بألف ومائة اذا كانت المضاربة بالنصف قال الاتقاني إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وأصل هذا ما قالوا في شروح الجامع الصغير أن بيع المراجعة ينبغي على الأمانة ويمتنع بشبهة الخيانة كما يمتنع بحقيقة الثمن أن يدل الصلح لا يباع من الرجحة إلا ببيان لشبهة الخط وكذا المشتري نسيئة لا يباع من الرجحة بدون البيان لشبهة الزيادة بمقابلة الاجل فاذا اشترى رب المال بخمسمائة وباعه من المضارب بألف فالمضارب اشترى رب المال لانه وكيله وبيع الانسان من نفسه باطل لكن لما كان حق المضاربة بمنزلة حق ثالث صح البيع وبقيت شبهة بطلان البيع فبيعه من الرجحة على الثمن المتيقن وهو خمسمائة فاما اذا اشترى المضارب بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال من الرجحة بألف ومائة لان الفقدين وقع الرب المال ولم يقع رب المال منه الا قدر مائة فيجب اعتبار المائة وفيما وقع رب المال لا يعتبر الربح لشبهة بطلان العقد الثاني وهذا اذا كان الشرط على النصف قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في باب المراجعة بين المضارب وبين رب المال واذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم مضاربة على أن ما كان من ربح فهو بينهما نصفين فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة درهم فباعه من المضارب بألف المضاربة فان باعه المضارب مساومة باعه كيف شاء لان بيع المساومة لا يتقيد بثمن بل الثمن ما اتفقا عليه وقد اتفقا على القدر الذي ذكرناه في العقد وان باعه من الرجحة (٧٧) باعه على خمسمائة درهم لان عقد المضاربة

عقد أمانة فيجب تنزيهه عن الخيانة وعن شبهة الخيانة والعقد الاول وقع لرب المال والثاني كذلك لانه بشرأ المضارب لا يخرج عن ملك رب المال الا أنه صبح العقد لزيادة فائدة وهي ثبوت اليد والتصرف للمضارب فبقى شبهة عدم وقوع العقد الثاني فيبيعه من الرجحة على الثمن الاول وذلك خمسمائة درهم ولو كان رب المال اشترى بألف فباعه من

قوله ويراجع على ألفين ولو باع العبد بعد ذلك بأربعة آلاف كان للمضارب ربعه وهو ألف والباقي للمضاربة وهو ثلاثة آلاف فالقانون وخمسمائة من رأس المال وخمسمائة ربح بينهما نصفان قال رحمه الله (وان اشترى من المالك بألف عبد اشتراه بنصفه راجح بنصفه) أي لو اشترى المضارب من رب المال بألف درهم عبدا كان اشتراه رب المال بنصف الألف يبيعه المضارب من الرجحة على نصف الألف وهو خمسمائة ولا يجوز أن يبيعه من الرجحة على الألف لان بيعه من المضارب كبيعته من نفسه لانه وكيله فيكون يبيع ماله بماله فيكون كالمعدوم وان حكم بجواز تعلق حق المضارب به فلا يجوز بناء المراجعة عليه لانها مبنية على الأمانة وعلى الاحتراز عن شبهة الخيانة فتبني على ما اشتراه به رب المال فيكون المضارب كالوكيل له في بيعه ولو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه من الرجحة بخمسمائة لان البيع الجاري بينهما كالمعدوم لما ذكرنا فتبني المراجعة على ما اشتراه به المضارب كأنه اشتراه وناوله أياه من غير بيع قال رحمه الله (معد ألف بالنصف فاشترى به عبدا قيمته أثنان فقتل رجلا خطأ ثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوما) لان مال المضاربة اذا كان عينا واحدة قيمتها أكثر من رأس المال يظهر فيه الربح وهو ألف هنا بينهما

(١٠ - زيادى خامس) المضارب بخمسمائة باعه المضارب من الرجحة على خمسمائة لان العقدين وقع الرب المال فيبيعه على أقل الثمنين احترازاً عن شبهة الخيانة لما بينا ثم قال في شرح الكافي واذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب بها عبدا فباعه من رب المال بألف درهم باعه رب المال من الرجحة على ألف وخمسمائة لان اعتبار الثمن الاول وذلك ألف في حق رب المال وحصة المضارب من الربح وذلك خمسمائة درهم فبيعه من الرجحة على ألف وخمسمائة درهم بانه أن الألف خرج عن ملك رب المال في ثمن العبد فيعتبر في بيع المراجعة ونصف الألف التي هي الربح ملك رب المال قبل البيع وبعد فلا يعتبر رأس ما النصف الذي هو حصة المضارب من الربح وهو خمسمائة خرج عن ملك رب المال إلى ملك المضارب حقيقة بازاء هذا العبد فيعتبر كذلك قال الاتقاني ولا ينبغي عليك المخالفة بين قول الشارح ولو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة الخ وبين ما نقله الاتقاني عن الجامع الصغير وعن شرح الكافي اذ مقتضاه ما أن يبيع العبد في مسئلة الشارح هذه بسبع مائة وخمسين لا بخمسمائة كما قال الشارح فتنبه اه وفي الهداية ولو اشترى المضارب بألف عبدا وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه من الرجحة بألف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع اه وهو موافق لما مر في الجامع الصغير وشرح الكافي وقال في الكنز في باب المراجعة ولو اشترى ما دون مدينين ثوبا بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر يبيعه من الرجحة على عشرة وكذا العكس ولو كان مضارب يبيع من الرجحة لرب المال بائني عشر ونصف اه وهو كما ترى موافق لما في الجامع الصغير وشرح الكافي والهداية بخلاف لما ذكره الشارح رحمه الله اه

(قوله بخلاف ما مضى الخ) يعني ان دفع الفداء هنا كابتداء الشراء فيخرج العبد عن المضاربة لان الواجب ثمة دفع الثمن فلا يكون كابتداء الشراء وتبقى المضاربة فيه لعدم المنافاة بخلاف الربع فانه للمضارب خاصة وتبطل المضاربة فيه للمنافاة وقد مر البيان ثمة اه اتقاني (قوله في المتن معه ألف فاشترى به عبد الخ) صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع الى آخر ألف درهم مضاربة فاشترى به عبد فاهلك بعد الشراء قال علي رب المال ان يدفع اليه ألفاً أخرى أبداً فاذادفعها المضارب الى البائع ثم باع العبد بربح كثير فربأ رأس المال جميع (٧٤) ما دفع اليه رب المال ثم يقتسمان الربح من بعد قال نضر الاسلام

نصفان وألغار برب المال برأس ماله لان قيمته ألفان فصار الفداء بينهما على هذا الوجه أربعة آلاف ثلاثة أرباعه على رب المال والربع على المضارب لان الفداء مائة المالك فيستقدر بقدره فاذا فدياه خرج العبد كله عن المضاربة أما نصيب المضارب فلانه صار مضمونا عليه على ما بينا وأما نصيب رب المال فبقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهم مالا لان قضاءه بالفداء يتضمن قسمة العبد بينهما لان الخطاب بالفداء يوجب سلامة المقدي ولا سلامة الا بالقسمة بخلاف ما مضى لان كل الثمن ثم على المضارب لانه العاقد وان كان له الرجوع على رب المال بما ضمن فلا حاجة الى القسمة ولان العبد بالجناية صار كالزائل عن ملكهما اذا لم يوجب الاصل هو الدفع وبالفداء صار كأنهم ما اشترياه فاذا خرج عن المضاربة فمحمهم ما على قدر ملكهما بحكم الاشتراك بينهما وهذا معنى قوله يخدم المالك ثلاثة أيام أي رب المال والمضارب يوما قال رحمه الله (معه ألف فاشترى به عبد واهلك الثمن قبل النقد دفع المالك ألفاً آخر ثم ورأس المال جميع ما دفع) يعني اذا كان مع المضارب ألف درهم فاشترى به عبد او ضاع الثمن قبل النقد رجع على رب المال فاذا دفع اليه ثانياً ثم هلك قبل النقد ايضاً رجع عليه أيضاً فكذا يرجع عليه كماله الى ما لا يتناهى ويكون رأس المال جميع ما دفع اليه رب المال بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عنده هلاك الثمن بعد الشراء لامر واحدة والفرق ان المال في يد المضارب أمانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء لأن الاستيفاء لا يكون الا قبض مضمون والمضاربة تنافيه على ما بينا فكل ما قبض يكون أمانة واذا هلك كان الهالك على رب المال وقبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فاذا قبضه صار مستوفياً لذلك فصار مضموناً عليه فاذا هلك ليس له أن يرجع به على الموكل لان المستوفى لم يبق له حق بعد الاستيفاء ولم يوجد ما يمنع من جعله مستوفياً لحقه فيكون مضموناً عليه لان الوكالة لا تنافي الضمان ألا ترى أن الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب جاز وهو مضمون عليه فلا حاجة الى جعل ما قبضه بعد الشراء أمانة حتى لو لم يقع استيفاء بان دفع اليه الثمن قبل الشراء ثم اشترى به ثم هلك قبل النقد رجع به على الموكل لوقوع الاول أمانة لانه لا يمكن جعله مستوفياً بقبضه قبل الشراء لانه لم يجب له عليه شيء حتى يصير مستوفياً بالقبض فيكون أمانة فاذا هلك رجع عليه فيكون مضموناً عليه ثم اذا هلك لا يرجع لما ذكرنا بخلاف ما اذا لم يدفع اليه الثمن الا بعد الشراء حيث لا يرجع أصلاً والمعنى ما بينا ولان ما قبضه الوكيل لو لم يحمله على الاستيفاء لم يضمنه تضييع المال على الموكل لان المأخوذ منه ثانياً يضيع وفي المضاربة لا يضيع لانه ملحق برأس المال ويضمنه من الربح ولو لم يرجع عليه لنضر المضارب فيرجع عليه دفعا للضرر عنه ولان الوكيل انتهت وكالته بالشراء مرة وانزل فلا يرجع بعد الانزال بخلاف المضارب فانه لم ينزل بالتصرف بل لا ينزل بالانزال في بعض الصور فيرجع عليه مادام متصرفاً قال رحمه الله (معه ألفان فقال دفعت الى ألفاً ورجعت ألفاً وقال المالك دفعت ألفين

وقوله أبداً من الخواص وحاصل المسئلة ما قالوا في شروح الجامع الصغير أن المضارب اذا هلك المال رجع مرة فان هلك رجع أخرى فان هلك فكذلك ثم هلك كذلك أيضاً حتى يسلم الى البائع والوكيل بالشراء اذا هلك الثمن قبل التسليم الى البائع فان كان الثمن منقوداً اليه ثم اشترى فاهلك الثمن المنقود رجع به على الموكل فان هلك بعد ذلك لا يرجع بذلك أبداً وان كان الثمن غير منقود اليه فاشترى ثم قبض الثمن من الموكل فاهلك الثمن قبل التسليم الى البائع يغرم من ماله ولم يرجع أصلاً على الموكل والفرق بين فصلى الوكالة أن قبض الوكيل قبل الشراء بحق الامانة دون الاستيفاء فاذا هلك بعد الشراء وهو دائر على الامانة فرجع به على الموكل صار مستوفياً فلا يرجع بعد ذلك أصلاً والفرق بين الوكالة والمضاربة أن الضمان لا ينافي الوكالة

ولهذا لو وكل المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب يصير وكيل ولا يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب يجب الضمان عليه ولا يعتبر أميناً وعقد الوكيل يوجب ديناً للبائع على الوكيل والوكيل على الموكل فاذا قبض من الموكل بعد الشراء حمل قبضه على جهة الاستيفاء لا على جهة الامانة فاذا استوفى حقه مرة لم يبق الحق أصلاً بخلاف المضارب فان الضمان ينافي المضاربة فلا يكون ضماناً بحال فيحمل قبضه على جهة الامانة لا على جهة الاستيفاء فلو حمل على الاستيفاء كان المضارب ضامناً وهو باطل ولهذا رجع المضارب مرة بعد أخرى ما لم يسلم الى البائع اه اتقاني (قوله في المتن ورأس المال جميع ما دفع) يعني لا يكون للمضارب شيء من الربح حتى يصل رب المال الى جميع ما وصله للمضارب على أنه ثمن أما اذا أراد المضارب أن يبيع من أجله لا يبيع الا على ألف كما تقدم اه

(قوله ثم رجع فقال القول للضارب) قال الاتقاني وجه قوله الآخر وهو قوله ما أن الاختلاف وقع في مقدار ما قبض المضارب والمضارب أنكر زيادة القبض لأنه يقول ما قبضت منك الألف درهم ورب المال يقول قبضت مني ألفي درهم فالقول قول المضارب لأنه أنكر زيادة القبض فإذا لم يظهر إلا قبض الألف فالألف الزائدة تكون ربحا ألا ترى أن المضارب لو جاء بألفي درهم وقال ألف درهم مضاربة وألف درهم وديعة لفلان عندي أو قال ألف درهم مضاربة وألف درهم من خالص مالي ورب المال يقول لا ولكن ألف درهم رأس المال وألف درهم ربح فالقول قول المضارب بالاتفاق فكذلك ههنا كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اه (قوله فالقول قول القابض) أي لأنه أعرف بمقدار المقبوض اه اتقاني (قوله في مقدار المقبوض) قيد به إذ لو كان الاختلاف في الصفة كان القول لرب المال على ما يحجى اه (قوله أمينا كان) أي كالمودع اه (قوله أو ضمينا) أي كالغاصب اه اتقاني (قوله لأنه القابض) أي وهو ينكر زيادة القبض اه (قوله والقول لرب المال في مقدار الربح) أي لأنه (٧٥) يستفاد من جهته اه اتقاني (قوله ولو قال

المضارب أقرضتني) أي المال والربح لي اه اتقاني (قوله والبينة بينة المضارب) أي لأنها ثبت التملك اه اتقاني ولأنه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه مضاربة أو بضاعة أو وديعة ثم أقرضه اه اتقاني (قوله كانت بينة رب المال أولى) وذلك لأنه ثبت الضمان اه اتقاني (قوله لأن الأصل فيها العموم) أي ولهذا لو قال خذ هذا الألف مضاربة بالنصف له أن يعمل في أنواع التجارات ولو لم يكن مقتضى العقد العموم لما صح إلا بالتخصيص اه اتقاني (قوله وكذا إذا اختلفا قبل العمل) كان القول قول رب المال مع يمينه اه اتقاني (فروع) ونفقة عبده المضاربة وجعله إذا بقى على

فالقول للضارب) ومعنى المسئلة أن يكون مع المضارب ألفان فقال لرب المال دفعت إلى ألفا وربحت ألفا وقال رب المال بل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا القول لرب المال وهو قول زفر رحمه الله لأن المضارب يدعي الربح والشركة فيه ورب المال ينكر فالقول قول المنكر ثم رجع فقال القول للضارب وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله لأن حاصل اختلافهما في المقبوض فالقول قول القابض في مقدار المقبوض أمينا كان أو ضمينا ألا ترى أنه لو أنكر القبض بالكلية كان القول له وإذا اختلفا في رأس المال والربح بان قال رب المال رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح كان القول للمضارب في قدر رأس المال لأنه القابض والقول لرب المال في مقدار الربح لأنه المنكر للزيادة وهو لو أنكر استحقاق الربح عليه بالكلية بأن قال كان المال في يدي بضاعة كان القول له فكذا في أنكاره الزيادة وأيمه أقام البينة تقبل بينته لأنها مبنية كاسمها وإن أقام البينة في هذه الصورة كانت بينة رب المال أولى في مقدار رأس المال وبينه المضارب أولى في مقدار الربح لأنها أكثر أثباتا قال رحمه الله (معناه ألف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفا وقال المال هو بضاعة فالقول للمالك) لأن المضارب يدعي عليه تقوم عمله أو الشركة في ماله أو شرطاً من جهته ورب المال منكر فكان القول قوله ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو وديعة أو بضاعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لأن المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو كان بالعكس بأن ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة كان القول للمضارب لأنهما اتفقا على أن لاخذ كان باذن رب المال ثم رب المال يدعي عليه ضمانا وهو ينكر فكان القول قوله وأيمه أقام البينة قبلت بينته ولو أقام البينة كانت بينة رب المال أولى لأنها أكثر أثباتا ولو ادعى المضارب العموم في كل تجارة وادعى رب المال الخصوص أو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها كان القول للمضارب لأن الأصل فيها العموم فكان القول لمن يملك بالأصل وقال زفر رحمه الله القول لرب المال لأن الأذن يستفاد من جهته فكان أعرف به كالأمانة وكذا إذا اختلفا قبل العمل قلنا الأصل في الوكالة الخصوص وفي المضاربة العموم وقبل العمل يكون أنكار رب المال

رب المال يظهر ربح أو لا بخلاف لأن ملك العامل في الربح قبل القسمة متردده لرب المال متقرر وبضم (١) رأس المال عند القسمة ولو دفع إليه ألفين وقال أضف من عندك ألفا أخرى يكون ألفان منها شركة والألف مضاربة بالنصف جاز وقال بعض أصحاب مالك لا يجوز أن يضم إلى مال القراض شركة ويجوز أن يكون الرجل عاملا في المضاربة لرجل ثم يضاربه آخر وقال أحمد لا يجوز إذا كان فيه ضرر على الأول ولو دفع ألفا على أن له نصف ربحها يجوز بخلاف ولو قال على أن لي ربح نصفها يجوز عندنا وأبي ثور خلافا للأئمة الثلاثة ولو اشترى العامل بالألف أمة أو غنما أو بقرا أو موزونا بساوي ألفين زكي حظه الظهور والربح وبه قال الشافعي في قول واحد وقال مالك والشافعي في قول واحد في رواية لا يزكي لعدم ملكه الربح قبل القسمة ولو اشترى أمتين أو غنما أو بقرا أو شعيرا لا يزكي لاختلاف الجنس فلا يظهر الربح ولا يكتب المضارب قبل ظهور الربح لأنها ليست بتجارة ولا خلاف فيه وبهذه ينقد في حصته عندنا ورب المال فستفاد فعلا للضرر عن نفسه وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز كما قبل ظهور الربح اه كذا

(١) قوله ويضم رأس المال هكذا في الأصل ولعله وبضم إلى رأس المال فستطبت إلى من التامع اه

(قوله يقضي بما قال رب المال) أي لأنه تعذر العمل بهما لأنهما لا يقعان معا ولا على الترتيب لأن الشئ قد يشهد بأنه واحد أو تعذر العمل بهما
يعمل بينة رب المال لأنه يثبت ما ليس بثابت كذا في الأصل اهـ

كتاب الوديعة

مناسبة هذا الكتاب بما تقدم صرت في أول الأقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة لتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الوديعة
أمانة بلا تعليق شئ وفي العارية أمانة مع تعليق المنفعة ليكن بلا عوض وفي الهبة تعليق عين بلا عوض وهي الهبة المحضنة التي ليس فيها
معنى البيع وفي الاجارة تعليق منفعة بعوض وفيه معنى الزوم وما كان لازما أقوى وأعلى مما كان ليس بالزوم فكان في الكل الترقى من
الأدنى إلى الأعلى فقول القطر حيث ثم ينسكب (٧٦) ثم اعلم أن عقد الوديعة مشروع مندوب اليه والدليل على ذلك قوله تعالى

نهياله عن العموم وهو يملك ذلك فصحه فيه ولو ادعى كل واحد منهم ما نوعا كان القول لرب المال لأنهما
اتفقا على الخصوص فكان قول من يستفاد من جهته الأذن أولى والبيعة بينة المضارب طابخته إلى نفي
الضمان وعدم طابخة الآخر إلى البيعة ولو وقتت البيعتان بأن قال رب المال دفعت إليك مضاربة أن تعمل
في برقي رمضان وقال المضارب دفعت إلي لأعمل في طعام في شوال أو بالعكس وأقاما البيعة كانت بيعة
من يقول في شوال أولى لأن آخر الشرطين ينسخ أولهما وإن لم يوقتا وقتا أو وقتا واحدا أو وقت
احدا هما دون الآخر يقضي بما قال رب المال كأنهما لم يوقتا وقتا أو وقتا واحدا أو وقتا

كتاب الوديعة

قال رحمه الله (الايديع هو تسليم الغير على حفظ ماله والوديعة ما يترك عند الأمين) هذا في الشرع وفي
اللغة الوديعة مشتقة من الودع وهو مطلق التركة قال عليه الصلاة والسلام لينتهين أقوام عن ودعهم
الجاعات أوليختمن على قلوبهم أو ليكتمن من الغافلين أي تركهم أيها قال الله تعالى ما ودعك ربك
وما قلى قرئت بالتخفيف والتشديد والمودع الشيء المتروك وقال عليه الصلاة والسلام لا إيمان نور
الله تعالى أودعه في قلوب المؤمنين فعلى العبد أن يسأل التوفيق على حفظ وديعة الله تعالى وعلى حفظ
جميع الامانات فانه فرض قال النبي صلى الله عليه وسلم على السيد ما أخذت حتى تؤديه رواه أبو داود
والترمذي وقال عليه الصلاة والسلام إذا لامانة إلى من أثمتك ولا تخن من خانك رواه أبو داود والترمذي
وقال حديث حسن وقال الله تعالى ان الله يأخذكم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها وحفظها يؤجب سعادة
الدارين والخيانة تؤجب السقاء فيهما قال عليه الصلاة والسلام الامانة تحجر الغني والخيانة تحجر الفقير
وروى أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عينها من الحزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة
الطريق في رى الفقراء فترهم يوسف عليه السلام فقامت تنادى أيها الملك اسمع كلامي فوقف يوسف
عليه السلام فقالت الامانة أقامت الماولة مقام الماولة والخيانة أقامت الماولة مقام الماولة فسأل عنها
يوسف عليه السلام فقيل ان زليخا فترت وجهها سرجة عليها ثم شرط الوديعة اثبات السيد عليها عند
الاستحفاظ وركنها قول المودع أو دعمتك هذا المال أو ما يقوم مقامه من الأقوال والأفعال والقبول من
المودع بالقول والفعل أو بالفعل فقط وحكمها وجوب الحفظ على المستودع ووجوب الاداء عند الطلب
وصيرورة المال أمانة في يده قال رحمه الله (وهي أمانة فلا تضمن بالهلاك) لقوله عليه الصلاة والسلام

وتعاونوا على البر والتقوى
وهو تعاون على البر لأن فيه
إعانة لصاحبها بحفظ ماله
وقد روى عن النبي صلى الله
عليه وسلم أنه قال من أتمن
أمانة فليؤدها ولا خلاف
بين الامتن في ذلك اهـ اتقاني
وكتب على قوله الوديعة
مانصة فعيلة بمعنى مفعولة
اهـ مصباح (قوله والمودع
الشيء المتروك) قال في المغرب
يقال أودعت زيدا مالا
واستودعته إياه إذا دفعته
إليه ليكون عنده فانا مودع
ومستودع بالكسر وزيد
مودع ومستودع بالفتح
والمال مودع ومستودع
أيضا أي وديعة اهـ (فرع)
في صورة وضع المال عند
آخر وذهابه وتركه أو إلقاء
الريح في يده كان قابلا
لوديعة عرفا بالسكوت
وكذا لو قال لصاحب الحمام
اين أضع ثيابي فقال الحمامي
ثم فوضعه فسرقته يضمن

الحمامي لتقصيره في الحفظ لأنه يصير بقوله قابلا للوديعة إليه أشير في المبسوط والمغني وفتاوى قاضيخان اهـ (قوله لا ضمان
عند الاستحفاظ) حتى لو أودع الآبق أو المال الساقط في البحر أو الطير الذي يطير في الهواء لا يصح وكون المودع مكلفا شرط أيضا يجب
عليه الحفظ اهـ كافي (قوله أو ما يقوم مقامه) احفظ هذا الشيء أو خذ هذا الشيء وديعة عندك اهـ (قوله وحكمها وجوب الحفظ على
المستودع) حتى لو رأى إنسانا يوقها وهو قادر على منعه فلم يمنع يضمن لتركه الحفظ الملتزم بالمقدور وهذا معنى قول مشايخنا ان المودع
يؤاخذ بضمان العقد اهـ بدائع وكتب مانصه والإيجاب وحده كاف في حق الامانة حتى لو قال المالك للغاصب أودعته لك المغصوب برئ
عن الضمان من غير قبول لأن كون المال أمانة حكم مختص برب المال فيثبت به وحده وأما وجوب الحفظ فيلزم المودع فلا بد من قبوله
صريحاً أو دلاله اهـ شرح مجمع (قوله في المأذون وهي أمانة) قول الاتقاني وهذا من قبيل حلي العام على الظاهر وهو جائز كافي قولنا لا انسان

حيوان ولا يجوز عكسه لان الوديعة عبارة عن كون الشيء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصد امانة قد تكون من غير قصد كما اذا هبت الريح وألقت ثوب انسان في حجر غيره يكون ذلك أمانة عنده ولكن بلا قصد فعلي هذا قوله الوديعة أمانة أي هي غير مضمونة اذا هلكت من غير تعد ثم قال الاتقاني وذكر الفقيه أبو الليث السمرقندي في خزائن الفقه لاضمان على المودع الا في ثلاثة أشياء التقصير في الحفظ وخطاها بماله ومنعهما من مالهما بعد الطلب ثم قال فيها أربعة نفر يجوز للمودع دفع الوديعة اليهم ولا يضمن عند تلفها الزوجة والولد والمملوك والاجر ثم قال فيها شيئاً لا يوجب ان الضمان مع الخلاف اذا قال لا تدفع الى زوجتك فدفع اليها وتلف أو قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من تلك الدار اهـ (قوله في المتن والمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله) (٧٧) في الذخيرة الدفع الى العيال انما يجوز اذا كان

من في عياله أمينا والا فلا يجوز اهـ (فرع) لو ادعى المودع رد الوديعة يقبل قوله مع اليمين ذكره الشارح في أول الدعوى فليراجع اهـ (قوله في المتن وان حفظها بغيرهم ضمن) صورته أن يخرج من بيته ويترك الوديعة فيه وفي بيته

غيره والادعاء أن ينقل الوديعة من بيته ويدفعها الى أجنبي فان قيل ينبغي أن لا يضمن بالادعاء لما ذكر قبله أن الظاهر أنه التزم بحفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وماله نفسه يحفظ بالادعاء قلنا قوله ان المالك رضى ويده تحفظه لا يبيد غيره جواب عنه والمراد بقوله على الوجه الذي يحفظ مال نفسه أي بنفسه غالباً فان الغالب أن يحفظ مال نفسه بنفسه اهـ كما في (قوله في المتن الا أن يخاف) استثناء من قوله ضمن اهـ اتقاني وكتب مانصه ولو أراد سفره

لا ضمان على مؤتمن رواه الدارقطني ولان المودع متبرع في الحفظ وماعلى المحسنين من سبيل ولان يده بالمالك فيكون هلا كهافي يد المالك فلا يجب الضمان ولان للناس حاجة الى الابداع فلو ضمن المودع لامتنع الناس عن قبول الودائع فكأنوا يخرجون بذلك وهلا كها لا يختلف بين أن يكون بشي يمكن التحرز عنه أو لا وبين أن هلك للامين مال غيرهما معها أو لم يهلك وقال مالك رحمه الله ان ادعى أنه اسرقت وحدها يضمن لكان التهمة قال رحمه الله (والمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله) لان المطلوب منه أن يحفظها مثل ما يحفظ مال نفسه وماله نفسه يحفظه عن في عياله من زوجته وولده والديه أو غيرهم والمعتبر فيه المساكنة لا النفقة عليه ألا ترى أن المرأة اذا دفعت الوديعة الى زوجها لا تضمن ولو دفع الى أجرة الذي استأجره مشاهرة ونفقة عليه لا تضمن وعن محمد رحمه الله أن المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس في عياله أو دفع الى أمين من أمانته ممن يثق به في ماله ولا يس في عياله لا يضمن لانه حفظه مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله ولا يجب عليه أكثر من ذلك ذكره في النهاية ثم قال وعليه الفتوى وعزاه الى التمر تاشي وهو الى الخواص ثم قال وعن هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال فقال ويلزم المودع حفظه اذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ به ماله وذكر فيه أشياء حتى ذكر أن له أن يحفظ بشريك العنان والمفاوضة وعبد المأذون له الذي في يده ماله ثم قال وبهذا يعلم أن العيال ايس بشرط في حفظ الوديعة قال رحمه الله (وان حفظها بغيرهم ضمن) أي بغير من في عياله لان صاحبها لم يرض بغيره والادعى تخلف في الأمانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب والوضع في حرز غيره من غير استئجار له ابداع حتى يضمن به لان الوضع في الحرز وضع في يده من في يده الحرز فيكون كالتسليم اليه قال رحمه الله (الا أن يخاف الحرق أو الغرق فيسلمها الى جاره أو فلك آخر) لان التسليم الى جاره أو الالقاء الى سفينة أخرى عند اساطة النار بداره وعند تحيط السفينة تعين حفظها فلا يضمن به ولا يصدق على ذلك الابينة لان تسليم الوديعة الى غيره موجب للضمان ودعوى ضرورة دعوى مسقطه فلا يقبل الابينة كما اذا أتلفها بالصرف في حاجته باذن صاحبها قالوا اهـ اذا لم يمكنه أن يدفعها الى من هو في عياله وان أمكنه أن يحفظها في ذلك الوقت بعيله فدفعها الى الأجنبي يضمن لانه لا ضرورة له في نفسه وكذا لو ألقاها في سفينة أخرى وهلك قبل أن تستقر فيها بأن وقعت في البحر ابتداء أو بالتدريج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله قال رحمه الله (وان طلبها ربه فحسبها فادرا على تسليمها أو خطاها بما له حتى لا تميز ضمنها) لانه متعبد بالنع بعد الطلب مع القدرة على تسليمها اذا لا يرضى صاحبها بما ساء كها بعدد فيكون معزولا فصار يده عليها كيد الغاصب فيضمن وكذا بان الخط صار مستمرا كما تعتد بالادعاء لانه الوصول الى عين

فليس له أن يودع لان السفر ايس بعذر اهـ بدائع (قوله في المتن أو الغرق) أو الاصوص اهـ اتقاني (قوله ولا يصدق على ذلك الابينة) يعني لو اودع غيره وادعى أنه فعله عن عذر لا يصدق الخ وكتب مانصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره قال أبو يوسف ولا تصدقه على العذر حتى يقيم البينة ثم قال وكذلك قياس قول أبي حنيفة وذلك أن الابداع سبب للضمان فاذا ادعى سوط الضمان للضرورة لم يقبل قوله كما لو ادعى أن المالك أذن له في الابداع وقال في الخلاصة (١) فان دفع للضرورة بان احترق بيت المودع فدفعها الى جاره وكذا فيما يشبه هذا اهـ اتقاني وكتب أيضا مانصه وفي المتن هذا اذا لم يعلم أن بيته احترق فاذا علم قبل قوله بالابينة ذكره في الذخيرة اهـ (قوله في ضمن) وقد قالوا ان الواجب عليه التمكن من أخذها دون حملها الى صاحبها قال في شرح الطحاوي وكذلك لو جحد الوديعة ثم أقربها صارت مضمونة عليه ولا يبرأ من ضمانها الا بالتسليم الى صاحبها بخلاف المودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك الخلاف وعاد الى الوفاق

(١) قوله فان دفع للضرورة الخ هكذا في أصل الحاشية وانظر أين جواب الشرط ويرر اهـ منحه

ارفع الضمان عندئذ عند الشافعي لا يرتفع كالخود اه اتقاني ﴿ فرع ﴾ قال قاضيان قوم دفعوا الى رجل دراهم ليدفع الخراج عنهم فأخذها وشدها في منديل ووضع في كسبه فدخل المسجد فذهبت منه الدراهم وهو لا يدري كيف ذهبت وأصحاب المال لا يدقونه قالوا لا يكون ضامنا وهو كالموت قال ذهبت الوديعة ولا أدري كيف ذهبت وعة القول قوله مع اليقين ولا ضمان عليه اه (قوله بوجب انقطاع حق المالك بالضمان) وهذا بالاجماع اه هداية (قوله في المتن وان اختلطت بغير فعل الخ) قال الحساكم الشهيد في مختصر المكرخي فان انشئ المكس في صندوقه فاختلطت بدراهمه فلا ضمان عليه وهما فيه شريكان وان هلك بعضهم هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما ما يعني اذا كان لهما ألف وللاخر ألفان يقسم الباقي بينهما أثلاثا لانه اختلط بماله الاخر خلط لا يمكن التمييز بينهما فثبتت الشركة بينهما حيث لم يجب الضمان لعدم التعدي لوجود ملك كل واحد منهما في بعضه قال الولوالجي في فتاواه هذا اذا كانت الدراهم (٧٨) صحاحا ومكسرة فان كانت دراهم أحدهما صحاحا ودراهم الآخر مكسرة فلا تثبت

حقة بسبب فعله فيجب عليه الضمان ويملك الخلو ولا سبيل للمودع في الخلوط عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا اذا خلطها بجنسها شركة ان شاء لانه لا يمكن الوصول الى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استملاك من وجه فميل الى أيهما شاء وهذا لان القسمة فيما لا تتفاوت أحاده افرار وتعين حتى ملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصته عينان من غير قضاء ولا رضاء فكان امكان الوصول الى عين حقه قائما معنى فيتميز وله أنه استملاك من كل وجه لانه فعل بتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا يكون الاستملاك من العباد أكثر من ذلك لان اعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم فيصير ضامنا ولا معتبرا بالقسمة لانهم اتوا بها لشركة ليصل كل واحد الى حقه فلا تصلح أن تكون موجبة للشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة ثم قالوا لا يباح الخلط التناول قبل أداء الضمان ولو أبرأ المودع الخلط لا سبيل للمودع على الخلوط عند أبي حنيفة رحمه الله لان حقه في الدين لا غير وقد سقط ببراءته وعندهما يسقط الخيار وتعين الشركة في الخلوط وفيه تظهر عمرة الخلاف ولو خلط المائع بخلاف جنسه كالزيت بالشيرج يوجب انقطاع حق المالك بالضمان لانه استملاك صورة ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس وتعين المبادلة ومن هذا القبيل خلط الخلطة بالشعير في الصحيح لان أحدهما لا يخالو عن سمات الآخر فتعذر التمييز وقيل لا ينقطع بالاجماع لامكان التمييز في الجلة وقيل القياس أن يكون الخلوط ملكا للخالط عند أبي حنيفة رحمه الله وفي الاستحسان لا يصير ولو خلط المائع بجنسه ينقطع حق المالك عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لما بينا وعند أبي يوسف رحمه الله يجعل الأقل تابعاً للغالب أكثر اعتبار الغالب أجزاء وعند محمد رحمه الله شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده وقد مر في الرضاع ولو خلطت الفضة بالفضة بعد الاذابة صار من المائعات لانه مائع حقيقة عند الخلط فيكون على الخلاف المذكور قال رحمه الله (وان اختلطت بغير فعله اشتركا) لان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدي ولم يوجد اذ لم يوجد منه فعل فيشتركان ضرورة وهذه شركة أملاك وقد بينا حكمها في الشركة قال رحمه الله (ولو أنشئ بعضهم بغير تمثله فخلطه بالباقي ضمن الكل) لان البعض صار ضامنا له بالانفاق لانه متعدي فيه وصار البعض الآخر ضامنا أيضا لكونه خلط ماله بها لان الضمان لا يصح الا بالتسليم الى صاحبه وقبله باق على ملكه فاذا خلطه بالوديعة صار ميسرته كالوديعة فيضمن على ما بينا قال رحمه الله (وان تعدي فيها ثم زال

الشركة بينهما بغير مال كل واحد منهما فما يدفع الى المودع ماله ويمسك المودع مال نفسه لانه يمكن التمييز بينهما وان كان ماله أحدهما دراهم صحاحا جيادا وفيها بعض الردي ودراهم الآخر صحاحا رديئة وفيها بعض الجياد تثبت الشركة بين المالكين لان هذا خلط لا يمكن التمييز بينهما ثم كيف يقتسمان ان تصادق ان ثلثي مال أحدهما جياد وردى (قوله فيشتركان) وهذا بالاتفاق اه هداية (قوله وصار لبعض الآخر ضامنا أيضا) قال الولوالجي في فتاواه وان كانت الوديعة دراهم أو ذنابا أو شيئا من المكمل أو الموزون فأنشئ طائفة منها في حاجته كان ضامنا لما أنفق منها لانه أنفق بالانفاق ولا يضمن ما بقي لان لم يتلف فان جاء بمثل ما أنفق وخلط بالباقي صار ضامنا لجميعهما ما أنفق بالاتفاق وما بقي بالخلط هذا اذا لم يجعل التعدي على ماله علامة حين خلط بماله الوديعة أما اذا كان علامة لا يضمن سوى ما أنفق لا يمكن التمييز اه اتقاني (قوله في المتن وان تعدي الخ) قال الاتقاني ولقب المسئلة ان المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عندنا خلافا لفرق الشافعي كذا في نسخ طريقة الخلاف وقال في التحفة وفي المستأجر المستعير اذا خالف ثم ترك الخلاف بقي الضمان وعند بعضهم هذا بمنزلة المودع كذا في التحفة وقال في خلاصة الفتاوى وفي الاجارة والاعارة الاصح أنه لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق واختلاف المشايخ في أن العين بالخلاف هل تدخل في ضمانه أم لا قال بعضهم لا تدخل في ضمانه حتى لو هلك في حالة الخلاف لا يضمن واليه ذهب الفقيه أبو جعفر الهندي والصحاح أنه يدخل في ضمانه بالخلاف فان محمد انص في الكتاب أنه اذا هلك في حالة الخلاف واختلاف في القيمة فالقول قول المودع والبيضة بينة المالك كذا ذكر الامام علاء الدين العالم في طريقة المسئلة الخلاف وقال في الطريقة البرهانية والاصح أن العين تدخل في ضمانه لان محمد اذا كرر

ما بقي لان لم يتلف فان جاء بمثل ما أنفق وخلط بالباقي صار ضامنا لجميعهما ما أنفق بالاتفاق وما بقي بالخلط هذا اذا لم يجعل التعدي على ماله علامة حين خلط بماله الوديعة أما اذا كان علامة لا يضمن سوى ما أنفق لا يمكن التمييز اه اتقاني (قوله في المتن وان تعدي الخ) قال الاتقاني ولقب المسئلة ان المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عندنا خلافا لفرق الشافعي كذا في نسخ طريقة الخلاف وقال في التحفة وفي المستأجر المستعير اذا خالف ثم ترك الخلاف بقي الضمان وعند بعضهم هذا بمنزلة المودع كذا في التحفة وقال في خلاصة الفتاوى وفي الاجارة والاعارة الاصح أنه لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق واختلاف المشايخ في أن العين بالخلاف هل تدخل في ضمانه أم لا قال بعضهم لا تدخل في ضمانه حتى لو هلك في حالة الخلاف لا يضمن واليه ذهب الفقيه أبو جعفر الهندي والصحاح أنه يدخل في ضمانه بالخلاف فان محمد انص في الكتاب أنه اذا هلك في حالة الخلاف واختلاف في القيمة فالقول قول المودع والبيضة بينة المالك كذا ذكر الامام علاء الدين العالم في طريقة المسئلة الخلاف وقال في الطريقة البرهانية والاصح أن العين تدخل في ضمانه لان محمد اذا كرر

التعدي زال الضمان المستعير والمستأجر وأقراره بخوده) وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للثقة بين الضمان والامانة فلا يبرأ إلا بالرد على صاحبه ولا تعود الامانة إلا بعقد جديد فصار كالسنة المستأجر وكالخطود ولنا أنه مأثور بالحفظ وقد وجدوه هذا الآن الأمر بالحفظ مطابقا لمتناول الاوقات كما هو اذا خالف في البعض ارتفع حكم العقد في ذلك البعض فاذا رجع الى الوفاق في غيره أتى بالمأمور به فيه فارتفع الخلاف ضرورة فتعود الامانة كما اذا استأجر أجرة الحفظ في مدة فقلنا الحفظ في بعضها ثم عاد فانه يستحق الاجرة بغيره بخلاف المستعير والمستأجر للعين اذا تعدي في العين المستعارة والمستأجرة ثم زال التعدي حيث لا يبرأ عن الضمان لأن البراءة من الضمان انما تكون باعادة المالك حقيقة أو حكما ولم يوجد ذلك لأن قبضهما العين كان لانفسهما لا لثمة المنافع فاذا أثر الخلاف لم يوجد الرد الى صاحبه الاحقيقة ولا حكما بخلاف المودع فان يده المالك حكما لانه عامل له في الحفظ فاذا أثر الخلاف فتسدر دمه الى يد صاحبه كجافري اذ هو نائب عنه وبخلاف الجود لان الجود رفع العقد في نفسه به العقد فلا يعود الا بعقد جديد كالأحكام الشرعية فانه بالجود ينتقض إيمانه فلا يعود مسلما الا بعقد جديد وبالحضرة فعلا لا ينتقض حتى اذا عاد الى الوفاق صح ولهذا الجود الوكيل الوكالة يكون فسحا وكذا الجود أحد المتبايعين البيع ولانه لما جدد بحضرة عزله نفسه وهو يملك ذلك بحضرة وينفرد به ولانه لما طالبه المودع فقد عزله فيكون هو بعد ذلك بالامانة الخاص ولو عاد الى الاقرار وعنده معنى قوله في المختصر بخلاف المستعير والمستأجر وأقراره بخوده وقال أبو يوسف رحمه الله لو جدها عند غير صاحبها أو عنده حين سألته عن حالها من غير أن يطلب منه الرد أو يطلب منه الرد عند من يخاف عليه امنه فيجدها لا يضمن لأن الجود في هذه الصورة من باب الحفظ وهو مأثور به فلا يبرأ انكارا ولا خصالا وانما هو انقضاء العقد ولانه لا يملك عزل نفسه حال غيبته ولم يعزله صاحبه فيكون باقيا على حاله وقال زفر رحمه الله يضمن لأن الجود سبب الضمان لكونه اتلاف حكما فلا يختلف باختلاف الاحوال كالتلاف حقيقة قلنا في هذه الاحوال ليس بالتلاف وانما يكون اتلافا اذا أراد نقله او مراده هنا حفظها بقطع طمع الطامعين فكيف يكون اتلافا قال رحمه الله (وله أن يسافر بها عند عدم النسي والخوف) أي المودع أن يسافر بالوديعة اذا لم ينه المودع ولم يخف عليها بالخراج وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف انه الخروج بها الى مسافة قصيرة وان طالت لا يخرج بعاله حل ومؤنة لان القصيرة لا يخاف فيها عادة ولهذا تسافر المرأة السفر القصير بغير محرم ولا زوج وقال محمد لا يخرج بعاله حل ومؤنة لانه يلزمه مؤنة الرد في حاله حل ومؤنة والظاهر من حاله أنه لا يرضى بدور عاتستغرق المؤنة الوديعة وفيه اهلا كهنا فلا يجوز كالأكيل بالبيع حيث لا يكون له اخراج المبيع فان أخرج ضمن وقال الشافعي ليس له أن يخرج بها سواء كان له حل ومؤنة أو لم يكن لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو الحفظ في الامانة عادة وصار كالاستحفاظ بأجر ولا يخيصة رحمه الله أن الأمر صدر مطلقا فلا يقيده بالمكان كما لا يقيده بالزمان والمفارقة محل الحفظ اذا كان الطريق آمنًا والكلام فيه فصار كالصبر ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصغير مع ان ولايتهما نظرية لقوله تعالى ولا تقر بوا مال اليتيم الاب التي هي أحسن ولولا أنه من الاحسن لما جاز ذلك لهما الا ترى أن الجود في الاموال الربوية تقوم في تصرفه حاجتي لا يتنبيه به ما عملها وزنا لعدم النظر والوكيل بالبيع مأثور بالبيع لا بالحفظ وانما يجب عليه الحفظ بعمدة في الأمر بالبيع اذا لم يكن به عا لا بعقد حفظه والاستحفاظ بأجر عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد وما يلزم الأمر من مؤنة الرد ضرورة صحة أمره فلا يبرأ بذلك انحرابه والمعتمد كونه قسم في المصير لا حفظهم فيه ومن يكون في المفارقة يحفظ ماله فيها كاهل الانجية ولو كان الطريق مخيفا ليس له أن يسافر بها ان كان له منه يدوان لم يكن له منه بدت بأن سافر مع أهله لا يضمن ولو خافه أن يخرج بها من المصير فخرج بها ضمن ان كان له منه بدت لأن المصير

البراءة والبراءة انما تكون بعد الوجوب اه اتفاقا وكتب على قوله في المتن وان تعدي ما منه بان كانت دابة فركبها أو فو بفليسه أو عبدا فاستخدمه أو أودعه عنده غيره اه شافعية (قوله ولا تعود الامانة الا بعقد جديد) والخاص بل أنهما اعتبر الخلاف فعلا بخلاف قولنا فاذا جدد الوديعة ثم أقر لا يبرأ عن الضمان فكذا هنا اه غايه (قوله والمستأجر للعين اذا تعدي الخ) بانه استأجر دابة الى مكان معين ثم جاوز ثم عاد اليه فانه لا يبرأ ومن أصحابنا من قال ان كان استأجر ما اذا هب او جائيا يبرأ عن الضمان وان كان استأجرها ذاهبا لا جائيا لا يبرأ عن الضمان لان العقد قد انتهى بالوصول الى ذلك المكان وبالعود اليه لا يعود العقد بينهما اه قوله أو عنده حين سألته عن حالها ونفس قول أبي يوسف وان كان الحكم عند علمائنا الثلاثة كذلك وكذا عند الثلاثة الثلاثة لما أن هذا التضمين لم يكن مذكورا في مبسوط محمد ونجاشد كوفي اختلاف زفر وعقوب فأوردته كذلك اه مهراج

على هذا الوجه اه اتقاني (قوله في المتن ولو قال له لا تدفع الى عيالك الخ) قال الخا كم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وان قال لا تدفعها الى امرأتك أو عبدك أو ولدك أو أجيرك فاني أتهمهم عليها فادفعها الى الذي نهاه عنه فهلكت فان كان المستودع لم يجد بدا من دفعها اليه لم يضمنها وان كان يجدها من أهله أو خدمه من يدفعها اليه ويضعها عنده غير هذا فأعطاه وهو يجده غير ضمنه صاحب الوديعة الى هنا لفظ السكا في وذلك لانه خالف في الوجه الاول بعذر وفي الوجه الثاني خالف بعذر اه اتقاني (قوله نهاه عن التسليم الى امرأته) هكذا هو بخط الشارح وصوابه الى غلامه فتأمل اه (قوله في المتن وان كان له منه بدأ وحفظها الخ) قال محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل أودع رجلا وديعة وأمره أن يحفظها في دار ونهاه عن الوضع في دار أخرى فوضعها في التي نهاه عنها فهلكت قال هو ضامن وان كان بيتان في دار والمسئلة بمجالها لم يضمن وقال الخا كم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا قال صاحب الوديعة للمستودع اخبأ عافي بيتك هذا خبأها في بيت آخر من داره تلك فضاقت فلا ضمان عليه استحسانا ألا ترى انه لو قال أمسكها بيدك ولا تضعها الا لولا ولا تهرأ فوضعها في بيته فهلكت لم يضمنها ولو قال اخبأها في دارك (٨١) هذه ولا تخبأها في دارك الأخرى فوضعها

في التي نهى عنها ضمن ألا ترى أنه لو قال لا تخبر بها من الكوفة فخرج بها الى البصرة كان ضامنا لها وان انتقل من الكوفة الى البصرة أو الى غير هاتين لم يكن له منه بد فهلكت فلا ضمان عليه الى هنا لفظ السكا في وعند الشافعي يضمن كذا في شرح الاقطع وذلك لانه نقلها الى بيت آخر من غير ضرورة فصار كذا اذا نقلها الى دار أخرى ولنا أن الدار حرز واحد بل لانه ان السارق اذا أخذ من بيت من الدار فنقل الى بيت آخر لم يقطع لانه لم يترك الحرز بعد والحرز الواحد لا فائدة في تخصيص بعضه دون بعض وما لا فائدة في تخصيصه في الأمر يسقط

(ولو قال له لا تدفع الى عيالك أو احفظ في هذا البيت فدفعها الى من لا بد له منه أو حفظه في بيت آخر من الدار لم يضمن) أي المودع قال ذلك للمودع خالفه في ذلك لا يضمن لانه لا يمكنه الا حفظ مع مراعاة شرطه فلم يكن مفيدا فيلغو وهذا اذا كانت الوديعة مما يحفظ في يد من منه المودع من الدفع اليه مثل أن تكون الوديعة فرسا فيمنعه من التسليم الى غلامه أو تكون عقدا جوهرا فيمنعه من التسليم الى امرأته أو كانت بيوت الدار متساوية أما اذا كانت الوديعة مما لا يحفظ في يد من نهاه عن الدفع اليه كما اذا كانت الوديعة فرسا فنهاه عن الدفع الى امرأته أو كانت عقدا جوهرا فنهاه عن التسليم الى امرأته أو كانت بيوت الدار مختلفة بان كان في بعضها عورظا هر فيضمن بالخالفه لان التقييد مفيد في مثله قال رحمه الله (وان كان له منه بدأ وحفظها في دار أخرى ضمن) أي ان كان له بد من دفع الوديعة الى من نهاه عن دفعها اليه بان نهاه أن يدفعها الى امرأته فلا نهاه امرأة أخرى أو نهاه أن يسلمها الى غلامه فلا نهاه غلام آخر خالفه أو قال له احفظها في هذا البيت أو في هذه الدار فحفظها في دار أخرى ضمن لان الناس يختلفون في الامانة واليكاسة ومعرفة طرق الصيانة والاحتراز عما يوجب شيئا في الدين اذ هي الحاملة على الحفظ كما ينبغي وكذا الدور تختلف في الحرز فكان هذا الشرط مفيدا فيعتبر اذا كان لا يخرج بالوفاء بالشرط وذلك عند وجود من ذكرنا والافلا قال رحمه الله (ضمن مودع الغاصب لا مودع المودع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ما يضمن مودع المودع أيضا فيكون لصاحب الخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع به على أحد وان ضمن الثاني يرجع به على الاول لكونه عاملا لان الاول خائن بالتسليم الى الثاني بغير إذن المالك والثاني متعدي بقبضه بغير إذنه فنزله منزلة الغاصب ومودع الغاصب أو الغاصب وغاصب الغاصب أو الغاصب والمشتري منه غير أن الثاني مغرور من جهة الاول عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أنه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه فلهذا رآه

(١١ - زيلعي خامس) في الايداع كما لو قال احفظها بيمنك دون شمالك أو قال ضعها في عيني البيت دون يميني حتى لو كان بين البيتين تفاوت في الحرز بان كانت الدار عظيمة وظهر البيت الذي نهاه عنه الى السكة أو نحو ذلك قالوا في شروح الجامع الصغير يضمن بخلاف الدارين فان التفاوت في الحرز ظاهر فيهما ولو أخذ السارق من إحدى الدارين فنقل الى الأخرى قطع حتى لو كانت الدار التي نهى عن الوضع فيها أحرزاً أو كانتا سواء في الحرز لا يضمن وبدد شرح في شرح الطحاوي لان النهي ليس بنهي بد والاصل أن كل شرط يفيد اعتبارا ويمكن المودع مراعاته فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد اعتبارا فهو لغو وقال نضر الدين قاضي في شرح الجامع الصغير ولو قال احفظها في كيسك ولا تحفظها في صندوقك أو قال احفظها في صندوقك ولا تحفظها في البيت فحفظها في البيت لا يضمن والصندوق من البيت بعزلة البيت من الدار لقلة التفاوت بينهما اه اتقاني (قوله في المتن ضمن مودع الغاصب لا مودع المودع) صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل أودع رجلا ألف درهم فأودعها المستودع الاول رجلا آخر فهلكت في يده قال لصاحب الالف أن يضمن المستودع الاول ولا يضمن الآخر وقال أبو يوسف ومحمد يضمن صاحب المال أيهما شاء فان ضمن الاول لم يرجع على الآخر بشئ وان ضمن الآخر رجوع على الاول الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقول الشافعي مثل قولهما كذا في شرح الاقطع اه اتقاني

(قوله لا بصورة يده) أي لا باعتبار صورة مجرد الأول من غير رأي الأول اه من خط الشارح اه (قوله بالاجماع) كذا في الذخيرة اه
(قوله ولا يقال الخ) هذا السؤال والجواب أوردهما الاتقاني في شرحه ونصه فان قلت ان الأول اذا كان ضامنا كان الثاني آخذا من يد
ضمين فينبغي أن يكون الثاني ضامنا ضرورة قلت هذه مغالطة لان الأول لم يكن ضامنا بمجرد الدفع قبل المنارفة بل هو أمين حينئذ لما قلنا
وانما صار ضامنا بالمنارفة بصنع منه والثاني لم يوجد منه صانع فلا يضمن اه (قوله وقال ابن أبي ليلى لا يضمن الخ) قال الاتقاني وفي
قول ابن أبي ليلى أن كل من ملك شيئا ملك تملكه غيره بمثل ما ملكه كالعبد المأذون يأذن والمكاتب يكتب والمستهتر يجرؤ والمستهتر
يعير فإذا كان كذلك لم يجب الضمان (٨٢) على واحد منهما لانه لم يوجد التهمة من الأول في الايداع ولا من الثاني في القبض اه

لان حفظه باق مادام في مجلسه وصاحبها رضي به باعتبار حصول رأيه لا بصورة يده بدليل انه لو هلك
قبل أن يفارقه لا يضمن واحد منهما بالاجماع فعلم بذلك أن الايداع مباح له اذا لم يقطع رأي الأول فلم يكن
متعديا بمجرد الدفع مالم يفارقه فاذا فارقه صار ضامنا له وقت التفريق بترك الحفظ الملتزم بالعقد والقبض
منه لم يكن متعديا بالقبض بدليل ما ذكرنا من عدم وجوب الضمان بالهلال قبل أن يفارقه الأول وبعد
الافراق لم يحدث فعلا آخر بل هو مستمر على ذلك الفعل وهو أمين فيه فكيف يكون متعديا ضامنا بعده
وهو لم يفوت الحفظ الذي التزمه بعقد وهذا لانه لما صار في أوله آمينا وجب أن يبقى كذلك حتى يوجد منه
فعل يبطله فصارت نظيره مالو هبت الريح في ثوب انسان فألقته في حجر غيره فانه لا يضمن بالاستمرار مالم يوجد
منه فعل بعد فكذا اه ذا والجامع بينهما أن كل واحد منهما مالم يكن متعديا في الابتداء فلا يضمن متعديا
بدون احداث فعل آخر ولا يقال لولم يكن متعديا بالدفع لما ضمن بالفراق كما اذا دفعها الى من في عياله فلما
ضمن بالفراق علم انه متدفع فيكون القبض منه أيضا متدفع فيضمن ضرورة لانا نقول لما جاز له الدفع وهو
حاضر بالاجماع بدليل ما ذكرنا صار كأن المودع قال له أذنت لك أن تدفعه الى غيرك بشرط أن لا تفارقه
فانه لا يضمن مادام معه فكذا اه هذا بخلاف مسألة الغاصب والغاصب منه وأخواتها لانهم صاروا مثله
بالتلقي منه ابتداء لعدم اذن المالك فكذا بقاء ثم مودع الغاصب ان لم يعلم أنه غاصب رجع على الغاصب
قولا واحدا وان علم فكذلك في الظاهر وحكي أبو اليسر أنه لا يرجع واليه أشار شمس الأئمة ذكره
في النهاية وقال ابن أبي ليلى لا يضمن المودع بالايديع ولا مودع المودع بالقبض بناء على أن له أن يودع عنده
لانه يجب عليه أن يحفظ الوديعة مثل ما يحفظ ماله ويحفظ ماله تارة بنفسه وتارة بغيره قلنا لم يوجد من
المودع الرضا بالدفع الى غيره ولا الدلالة على الرضا لورضي بغيره لما أودعها عنده فكان متعديا بالدفع
فيضمن قال رحمه الله (معه ألف ادعى رجلان كل أنه أودعها ياه فكل لهما فالألف لهما وغرم آخر
بينهما) أي اذا كان في يد رجل ألف فادعاهما رجلان كل واحد منهما ما أنه أودعها ياه فكل لهما فكل لهما
فان نكل لهما كان الألف بينهما وعليه ألف آخر بينهما ببيان ذلك أن دعواهما صحيحة فيجب عليه
اليمين لهما فان حلف لهما فلا شيء لهما عليه لعدم الحاجة وان حلف لاحدهما ونكل للآخر قضى به ان
نكل له دون الآخر لوجود الحاجة في حقه دون الآخر وان نكل لهما قضى به بينهما لعدم الاولوية
ثم يجب عليه ألف آخر لهما لا قرار به أو لبلده اياه على اختلاف الاصليين ولا يمانع القاضى بالتخفيف
جاز له نذر الجع بينهما لعدم الاولوية والاولى عند التشاح أن يقرع بينهما تطيبا القلوب ما ونفيا
لتهمة الميل فان نكل للأول لا يقضى به حتى يتلافى الثاني لينكشف وجه القضاء هل هو لهما أو لاحدهما
كما اذا أقام اليمين بخلاف ما اذا أقر لاحدهما فانه يحكم له به لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والنكول

(قوله فكان متعديا بالدفع فيضمن) وقياسه ضعيف لان المودع ليس بمالك أصلا لانه ليس بمالك العين الوديعة ولا المتعة وانما هو رجل ملك منافع نفسه فلا عليك تسليم الوديعة الى غيره (قوله في المتن معه ألف ادعى رجلان الخ) صورة المسئلة في الجامع الصغير هجد عن يعقوب عن أبي حنيفة في ألف درهم في يدي رجل ادعاهما رجلان كل واحد منهما يدعي أنه أودعها اياه فأي أن يحلف لهما قال تكون هذه الألف بينهما ويغرم ألفا أخرى فتكون بينهما نصفين الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول ابن أبي ليلى لا يجب عليه الادفع الألف بعينها لانه لم يأخذ الألف واحدة فلا يجب عليه ألف أخرى أما مذهب علمائنا فلانه لما نكل لاحدهما فقد أقر أنه

قبض منه ألفا فلما نكل للآخر فقد أقر أنه أخذ منه ألفا فلما أقر لكل واحد منهما بألف ولم يصل لكل واحد منهما لا يكون
الاخمائة فعليه أن يغرم لكل منهما تمام الألف بيان المسئلة أن كل واحد من المدعين ادعى دعوى صحيحة لاحتمال الصدق في دعوى
كل منهما فمقتضى جهة اليمين لكل واحد منهما ما على المنكر لقوله عليه الصلاة والسلام اليمين على المدعى واليمين على من أنكر ولكن يحلف
لكل واحد منهما على الانفراد لان كل واحد منهما ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه فاذا أنكر يحلفه اه اتقاني (قوله لا قراره) أي على
قولهما اه (قوله أولبذله اياه) أي على قول أبي حنيفة اه (قوله وبأيهما) الذي بخط الشارح ولا يهما اه (قوله أو لاحدهما) أي
فانه بعد نكوله للأول ان نكل للثاني يكون الألف بينهما ويقضى لهما جلة وان حلف للثاني كان كل الألف للأول اه

(قوله لا يلزمه شيء) أي قبل قضاء القاضي اه قارئ الهداية (قوله ووضع المسئلة في العبد) قال الاتقاني ولكن الخصاص وضع المسئلة في العبد في أدب القاضي اه (قوله قيل ينبغي أن يحلف الخ) قال الاتقاني قال الخصاص ينبغي أن يحلفه على هذا الوجه عند محمد خلافا لابي يوسف اه (قوله بناء) قال الاتقاني وجه البناء أن النكول اقرارا فبالاقرار بالوديعة ضمن عند محمد فكذا بالنكول وعند أبي يوسف لم يضمن ثمة بالاقرار فكذا هنا بالنكول اه (قوله ودفعها الى غيره) أي بالقضاء اه اتقاني (٨٤)

كتاب العارية

(قوله في المستن هي عليك المنافع) قال الاتقاني هذا اختيار أبي بكر الرازي اه (قوله وقال الكرخي والشافعي) قال الاتقاني وجه قول الكرخي أنه سألوا كانت عليك المنافع لا الإباحة لكان بيان المدة من شرطها لان عليكها مع الجهالة لا يصح أصلا الإجارة ولا إلتزامها كانت عليكها إجارة المستعير من غيره كالمستأجر ولهذا تنعقد بلفظ الإباحة بان قال أجبحت ركوب هذه الدابة أو أجبحت لبس هذا الثوب لك وكذلك يصح من غير المستعير عن الانتفاع ولو كان عليك لم يصح كما في الإجارة ألا ترى أنه لو أجرة دابة شهر ثم قبل انقضاء المدة لو ساء عن الانتفاع به لم يرد وجه ما ذهب إليه أبو بكر الرازي أن العربية والعارية أحدهما مشتق من الآخر ولكن خص كل واحد منهما باسم فقالوا في عليك الاعيان عربية وفي عليك المنافع عارية فدل على أن العارية عليك لا إباحة اه (قوله ولهذا

لا يكون حجة الإباحة قضاء ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء وكذا البينة لا تكون حجة الإباحة قضاء فيؤخر القضاء حتى ينكشف وجهه ولا ضرر عليه بالتأخير لانه لا يفتنى للمقدم حتى يحلف للتأخير ولو نكل للثاني أيضا فقتضى به بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة ويغرم ألفا آخر بينهما نصفين كما ذكر في المختصر لانه بالنكول أو جوب لكل واحد منهما كل الألف كان ليس معه غيره فإذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب كل واحد منهما الى الآخر فيغرمه فاقضى القاضي الاول حين نكل قبل أن يحلف للثاني لا ينفذ قضاؤه حتى لو نكل للثاني بعده كان الألف بينهما لان القضاء الاول لا يبطل حق الثاني وقال الخصاص نفذ قضاؤه لانه محل مجتهد فيه لان من العلماء من قال ينفذ قضاؤه الاول ولا يشاركه الثاني فيه لان النكول حجة شرعية كالأقرار ووضع المسئلة في العبد ولا فرق بينهما لان النقود تتعين في الودائع والغصوب ثم لا يحلف المدعي عليه للثاني بعد انقضاء عليه الاول مقتضرا على قوله ما هذا العبد لي بالاجماع لان نكوله لا يقيم بعد ما صار العبد لغيره وهل يحلف اذا ضم اليه القيمة بأن يقال له بالله ما هذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قيل ينبغي أن يحلف عند محمد خلافا لابي يوسف رحمه الله بناء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفعها الى غيره يضمنه عند محمد خلافا لابي يوسف رحمه الله فانه يقول ان ما فات من حقه لم يفت بمجرّد اقراره وانما فات بالدفع الى الاول وذلك بقضاء الثاني فلا يضمن ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذي سلب القاضي على القضاء به الاول باقراره ثم أقر للثاني بأنه مودع عنده والمودع يكون ضامنا بالتسليط والله أعلم

كتاب العارية

قال رحمه الله (هي عليك المنافع بغير عوض) هذا في الشرع وفي اللغة مشتقة من العار منسوب الى وزنها فعلية لان طلبها عار (١) وفي الشرع ما ذكره في الكتاب وقال الكرخي والشافعي هي إباحة الانتفاع بذلك الغير لانه ينعقد بلفظ الإباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التملك وكذا يعمل فيه النسي ولا يملك الإجارة من غيره ونحن نشول انه انتهى عن التملك لانها مأخوذة من العربية وهي العطية في الثمار بالتملك من غير عوض ثم استعمل في المنفعة كذلك فاقضت عليك ولهذا تنعقد بلفظ التملك وله أن يعبر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل ولو كان إباحة لما جاز لان المباح له ليس له أن يبيع لغيره وهذا لان تملك المنافع مشروع بموضع كالأجارة فوجب أن يكون مشروع بتفسير عوض أيضا كالأعناق لان كل ما جاز فيه التملك يدل جاز فيه التملك بتفسير بدل الأكل والجهالة لا تنفي الى المنازعة وكل جهالة لا تنفي الى المنازعة لا توجب التمسك وهذا لانها غير لازمة فلهذا يرجع في كل سعة بخلاف المعاوضات فانها لازمة والجهالة فيها تنفي الى المنازعة حتى اذا كانت لا تنفي الى المنازعة كان لها طاعة جازت من غير ضرب المدة والنسي منع عن تخصيص مالم يحصل ولم يوجد بعد فيكون امتناعا عن التملك ولهذا لا يجوز إجارته لانهم لم تدخل في ملكه قبل الحدوث قال رحمه الله (وتصحب بأعرتك) أي

تصحب بلفظ التملك) أي فانه لو قال ملكك منافع هذا العين شهر ائتمدا عارة اه اتقاني (قوله لان المباح الخ) وانعتاد بلفظ الإباحة بسبيل الاستعارة كاعتقاد الإجارة بلفظ الاعارة وانما ملك المستعير الإجارة لان الإجارة عقد (٢) جاز لازم فلو جاز له أن يؤجر انقلب من الجواز الى اللزوم وفيه ضرر بالمعير ونخرج الجواب عن هذا انه لا يملكها كانت جيرة كان له ميراث يملك اه اتقاني (قوله ليس له أن يبيع غيره) أي كالمباح له الطعام لا يجوز له أن يبيع من غيره اه اتقاني (١) قول الشارح وفي الشرع الخ فكذا في النسخ وهو مكرر مع ما سبق كما ترى اه (٢) قول الشافعي جاز لازم فكذا في الأصل ولعل الوجه في جواز من زيادة المنافع بغير اه معصية

(قوله في المتن وأطعمتك أرضي) قال الاتقاني وأما قوله أطعمتك هذه الأرض فهو مستعمل في العارية مجازاً لا حقيقة لأنه يقال أطعمه فطعم ونفس الأرض لا تطعم فكان المراد ما يخرج منها بطريق إطلاق اسم السبب على المسبب وهو من طرق المجاز اه (قوله ومنحك ثوبي) قال في الهداية في كتاب الهبة ولو قال منحك هذه العارية كانت عارية لما روينا من قبلي قال الاتقاني وأشار بقوله لما روينا إلى ما ذكره في أول كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة وهكذا ذكر الجواب شيخ الإسلام علاء الدين الأسججاني في شرح الكافي من غير تفصيل وقال إذا قال منحك هذه الأرض فهي عارية وليكن شيخ الإسلام أبو بكر المهروفي بخوارزمية فصل في مبسوطه وقال إذا قال منحك ان كان مضافاً إلى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء العين يكون بقاء العين بقاء العارية قال النبي صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة وأراد به العارية لأن الهبة لا تكون مردودة وإنما مردودة العارية وتذكر ويراد بها الهبة يقال منحك فلان فلاناً أي وهب له وإذا كانت اللفظة صالحة للأمرين جميعاً والعمل به ممتنع في عين واحدة لأن العين الواحدة لا يتصور أن تكون في محلين عارية وهبة في وقت واحد علمنا بهما مختلفين فقلنا إذا أضيفت المنحة إلى عين يمكن الانتفاع به (ع ٨) مع بقاء عينه جعل عارية وإذا أضيفت إلى عين لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل

هبة كافي المكمل والموزون توفيراً على المصنفين حفظهما بقدر الامكان اه (قوله في المتن وأخذت منك عبدي) أي جعلته خادماً لك اه (قوله في المتن وداري لك سكني) قال الاتقاني وفرق شيخ الإسلام علاء الدين الأسججاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد بين قوله هذه الدار لك سكني أو عمرى سكني وبين قوله هي لك لتسكنها فقال ولو قال هي لك لتسكنها كان عليك الدار لأنه أضاف التملك إلى رقبته الدار وقوله لتسكنها مشورة فلا يتغير به قضية العقد اه اتقاني وقوله سكني منصوب على التمييز من قوله لك لأن قوله داري لك سكني تفسيراً للاحتمال فتعينت العارية ولأنه (قوله المنحة مردودة والعارية مؤداة) أي يجب ردها ويجب أدائها اه اتقاني (قوله في المتن ولو هلكت بلا تعدل يضمن) أقول هذا فيما إذا كانت العارية مطلقاً أما إذا كانت موقوفة فهلكت في يد المستعير بعد مضي الوقت فإنه يضمنها كما سيصرح الشارح به عند قوله ومؤنة الرد على المستعير وعند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده والله تعالى هو الموفق اه وكتب على قوله بلا تعدل ما نصه ولو تعدت يضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله يضمن إذا هلكك الخ) أما إذا هلكك في حالة الانتفاع لا يضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله يوم أحد) كذا هو بخط الشارح رحمه الله اه وكتب على قوله يوم أحد ما نصه هكذا وقفت عليه في نسخ وشطب قارئ الهداية رحمه الله في نسخة علي أحد (١) وكتب فوقه حينئذ اه (فرع) قال في الهداية والعارية أمانة أن هلكك من غير تعدل يضمنها قال الاتقاني ولو شرط الضمان في العارية هل تصح فالمشايخ مختلفون فيه كذا في الحنفية وقال في خلاصة الفتاوى رجل قال لا آخر أعزني ثوبك فان ضاع فأنا ضامن له قال لا يضمن ونقله عن المنتقى اه (قوله فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال) ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء اه هداية (قوله عن استحقاق) أي تقدم وهو عقد الاجارة اه (فرع) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي رجل استعار من رجل

قوله داري لك سكني الوجهين عليك عين الدار وعليك منفعة الدار فخرج قوله سكني تفسيراً للاحتمال فتمتعت العارية ولأنه (قوله المنحة مردودة والعارية مؤداة) أي يجب ردها ويجب أدائها اه اتقاني (قوله في المتن ولو هلكت بلا تعدل يضمن) أقول هذا فيما إذا كانت العارية مطلقاً أما إذا كانت موقوفة فهلكت في يد المستعير بعد مضي الوقت فإنه يضمنها كما سيصرح الشارح به عند قوله ومؤنة الرد على المستعير وعند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده والله تعالى هو الموفق اه وكتب على قوله بلا تعدل ما نصه ولو تعدت يضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله يضمن إذا هلكك الخ) أما إذا هلكك في حالة الانتفاع لا يضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله يوم أحد) كذا هو بخط الشارح رحمه الله اه وكتب على قوله يوم أحد ما نصه هكذا وقفت عليه في نسخ وشطب قارئ الهداية رحمه الله في نسخة علي أحد (١) وكتب فوقه حينئذ اه (فرع) قال في الهداية والعارية أمانة أن هلكك من غير تعدل يضمنها قال الاتقاني ولو شرط الضمان في العارية هل تصح فالمشايخ مختلفون فيه كذا في الحنفية وقال في خلاصة الفتاوى رجل قال لا آخر أعزني ثوبك فان ضاع فأنا ضامن له قال لا يضمن ونقله عن المنتقى اه (قوله فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال) ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء اه هداية (قوله عن استحقاق) أي تقدم وهو عقد الاجارة اه (فرع) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي رجل استعار من رجل

(١) قول المحشي وكتب فوقه حينئذ هكذا في النسخ والذي في شرح العيني أن هذا كان يوم خميس فخر اه محكيه

سلاحه يقاتل به فتمزب بالسيف فانه قطع نصفين أو طعن بالرمح فانكسر قال لاضمان عليه الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه هلك من عمل ما دون فيه فيصير ما دوننا فيه ضرورة وقال الولول الجي في فتاواهم رجل دخل الحمام واستعمل قصاع الجسم فانكسرت لاضمان عليه وكذا اذا أخذ كوز الفقاغ ليشرب فسقط وانكسر فلا ضمان عليه لانه عارية في يده اه اتقاني (قوله ليس على المستعير غير المغل ضمان) تمامه ولا على المستودع غير المغل ضمان رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وقيل عمرو بن الاسود عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان وهما ضعيفان اه عبد الحق (قوله لا على وجه الاستيفاء) يحتز عن الرهن اه (قوله ولا نصفه وان كان حرياً) أي كان مستأمننا اه قارئ الهداية (قوله لانه قبضه لنفسه) أي فعله مؤتمته (٨٥) كما يجب على المستعير نفقة العارية اه

ولأنه لمنفعة صاحبه و بخلاف الوديعة لأنه قبضها بالمنفعة صاحبها لأنفسه ولهذا لا يكون عليه مؤنة الرد
ولهذا إذا هلك عند من قبضه المستحق قيمتها يرجع على المودع وفي العارية لا يرجع و بخلاف العبد
الموصى بخدمته لأن قبضه عن استحقاق فإن الوارث يلزمه تسليم العين إليه وإنما قوله عليه الصلاة
والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهم ما ولاه قبضه بأذن
صاحبه لا على وجه الاستئذان ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن كالأجارة والوديعة وهذا لأن ضمان
العبد وان لا يجب الأعيان المتعدية ومع الأذن بالقبض لا يوصف بالتعدية فانتفى الضمان ضرورة انتفاء
القبض على وجه التعدية وانتفاء المبادلة لأن وجوبه شرعا لما به مقدم موجب للضمان أو بشبهته بأن
كان فاسدا أو بالتعدية فالعقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد ولا شبهة له لأنه عقد تبرع والتعدية
لا يتصور مع الأذن ألا ترى أنه لو أذن له بالانلاف فأنلفه لا يضمن فهذا أولى لأنه دونه وحديث صفوان
كان بغير إذنه لحاجة المسلمين ولهذا قال أغصبا يا محمد وعند الحاجة يرخص تناول مال الغير بغير إذنه
بشرط الضمان كحالة النخصة ولأنه شرط له الضمان والعارية إذا اشترط فيها الضمان تضمن عندنا في رواية
ويحتمل أن يكون المراد بالضمان المذكور في الحديثين ضمان رد العين فيحمل عليه ولأن صفوان كان
حرى في ذلك الوقت ويجوز من الشروط بين الحربى والمسلم ما لا يجوز بين المسلمين وقوله عليه الصلاة
والسلام على اليد ما أخذت يقتضى رد العين وبه نقول لأن رد العين واجب في الامانات وإنما لا يرجع
المستعير بضمان الاستحقاق لأن الرجوع به بسبب الضرر وهو لم يقره أحد لأن المعير متبرع كالواهب
وليس على المحسنة من سبيل وإنما واجب عليه مؤنة الرد لأنه قبضه لنفسه قال رحمه الله (ولا يؤجر)
لأن الأجارة لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر لأنه لو جازت الأجارة من المستعير لما جاز للمعير أن يرجع عليه
حتى تفرغ مدها فيتضرر فلا يلزمه بغير رضاه ولأنه يلزم من جوازها لزوم ما لا يلزم وهو العارية أو عدم
لزوم ما يلزم وهو الأجارة فلا يجوز قال رحمه الله (ولا يرهن كالوديعة) لأن الرهن إيفاء وليس له أن يوفى
دينه بمال غيره بغير إذنه ولأن فيه ضررا لأن الرهن عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن فصار كالأجارة
قال رحمه الله (فإن أجرة فاعطى ضمن) لأنه متعدي بالتسليم فصار غاصبا وإن شاء ضمن المستأجر لأنه
قبض ماله بغير إذنه فصار كالمستأجر من الغاصب فإن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنه ملكه
بالضمان وتبين أنه أجرة ملك نفسه وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤجر وهو المستعير إذا لم يعلم أنه
كان عارية في يده دفعا للضرر الضرر عن نفسه وإن علم أن العين عارية في يده فليس له أن يرجع لأنه لم
يقره فصار كالمستأجر من الغاصب عاصبا بالغصب قال رحمه الله (وبغير ما لا يخلف بالمستعمل) أى بغير

وقد قال بعض أصحابنا أنه يملك الاجارة وتنعقد جائزة لا لازمة كذا قال شيخ الاسلام رحمه الله الدين الاسدي عياض في شرح الكافي ثم قال والصحيح أنه لا تنعقد الاجارة لان من اصول أصحابنا أن المنافع لا قيمة لها وانما تنقوم بالعقد لاجل الحاجة ولهذا لم يملك أن يؤجر بأكثر مما استأجر لان القيمة لما ظهرت بالشروط اقتضت على الشروط فلم تنقوم فيما وراءه وفي العمارة لا شرط فلا قيمة فلم تنفع الاجارة فاذا فعل ذلك وأجرها صار بمنزلة الغاصب والغاصب اذا فعل يملك الاجارة ويصدق به الا انه احصلت بسبب خيب وهو استئجار مال الغير فكان سبيله التصديق اه اتقاني (قوله في المتن ويعبر ما لا يختلف بالمستعمل) لفظ محمد في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل استعار من رجل دابة ولم يسم شيئا قال له أن يعبرها وليس له أن يؤجرها فان أجزها فعطيت فهو ضامن الى هنا لفظه في أصل الجامع الصغير وقال في مختصر الاسرار ويجوز للمستعير أن يعبر وان شرط أن لا يعبر الا أن يكون المهار مما يختلف

باعتدال المستعمل مثل ركوب الدابة وليس الثوب فإنه اذا شرط عليه أن لا يعبر لا يجوز خلاف الشافعي اه اتقاني (قوله وكلوصي له بالخدمة عليك أن يعبر) أي وعليك أن تدبر جرح قال الاتقاني والموصي له بالخدمة عليك أن تدبر اه (قوله وهذا اذا صدرت مطلقة) أي عن الوقت والانتفاع اه (قوله وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة) أي ماذا كرنا من ولاية اعادة المستعير اه (قوله أو جهما) فهذه أربعة أوجه اه (قوله فإن كانت الخ) هذا هو الوجه الاول اه (قوله وله أن يعبر) والركوب والبس كما سيجي قريبا عما يختلف باختلاف المستعمل لكن انما ملك المستعير اعارته للاطلاق قال الاتقاني وعند هذه أي الشافعي الا اعادة اباحة المنافع والمباح له الا على الا باحة وله هذا الا على الا اعادة فيما يتفاوت الناس فيه كالركوب والبس ثم قال في ذلك كدليلنا ولا نسلم أن المستعير لا يملك الا اعادة فيما يتفاوت الناس فيه منطلقا بل له أن يعبر اذا اعاره مطلقا اه وهو يؤيد ما قاله الشارح رحمه الله وكتب ما نصه قال الاتقاني رحمه الله ثم العارية على ما قالوا في شروح الجامع الصغير على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في حق الوقت والانتفاع جميعا وفي هذا الوجه للمستعير أن ينتفع به أي منفعة شاء في أي وقت شاء عملا باطلاق العقد والثاني أن تكون مقيدة في الوقت والانتفاع بأن قيده بيوم وعين نوع منفعة كالجل والركوب فليس له أن يتجاوز ذلك عملا بالتقييد (٨٦) الا أن يكون ذلك خلافا لغيره أو الى مثل ذلك فينشد لا يضمن والخلاف كما اذا شرط المعبر

المستعير العارية اذا كانت عملا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه ليس له أن يعبر لأن العارية اباحة المنافع عنده والمباح له ليس له أن يبيع لغيره وعندنا لما كانت عليك المنافع جاز أن يعبر لأن المالك يملك أن يملك كالمستأجر يملك أن يؤجر وكلوصي له بالخدمة عليك أن يعبر وهذا اذا صدرت مطلقة وان كانت مقيدة بشئ تنقيده به وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة على ما يجي تفصيله قال رحمه الله (فلو قيدها بوقت أو منفعة أو وجه ما لا يتجاوز عاسما وان أطلق له أن ينتفع أي نوع شاء في أي وقت شاء لأنه تصرف في ملك الغير فلا يملك إلا على الوجه الذي أذن له فيه من تقييد أو إطلاق ثم لا يخلو ما أن تكون مطلقة أو تكون مقيدة بالزمان أو بالانتفاع أو بهما فان كانت مطلقة مكن استعارة دابة للركوب أو ثوبا للبس ولم يسم شيئا كان له أن يلبس ويركب بنفسه وله أن يعبر ما لم يلبس هو ولم يركب فاذا ألبس غيره أو أركبه فليس له أن يركب بنفسه به ذلك في الصحيح لأنه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا ذكره في الكافي وقال سواء كان المستعير شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة فجعله كالأجرة فعلى هذا ينبغي أن يحمل هذا الإطلاق الذي ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما اذا قال على أن أركب عليم من أشياء أو ألبس الثوب من أشياء كما حل الإطلاق الذي ذكره في الأجرة على هذا وان كانت الا اعادة مقيدة بالانتفاع دون الوقت بأن شرط أن ينتفع هو بنفسه أو غيره معينا لا يجوز له أن يخالف ذلك التقييد فيما يختلف باختلاف المستعمل كالركوب واخواته وللمسمى أن يفعل في أي وقت شاء وان كان لا يختلف كالسكنى والجل جاز أن يفعل بنفسه وبغيره في أي وقت شاء لان التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف لا يفيد وان كانت مقيدة بالوقت

أن يحل عليها عشرة مخاتيم مخطة فحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو صمسم أو أرز أو شيء من الخبوب مثل كيل الخنطة وخفتها الا يضمن استحسانا لأنه ليس بشرط يفيد اعتباره لان صاحبه لما رضى بالخنطة كان أرضى بما دونها وفي القياس يضمن وهو قول زفر لأنه مخالف والخلاف الى مثل ذلك كما اذا شرط أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الخنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من غيرها أو شرط أن يحمل عليها خنطة نفسه فحمل عليها خنطة غيره لا يضمن لان التقييد انما

يعتبر اذا كان مفيدا وهذا التقييد لا يفيد والثالث أن تكون مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع والرابع على العكس تقييدت وهو أن تكون مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع ففي الوجهين ليس له أن يتجاوز المسمى وفي مسألة الجامع الصغير أطلق الوقت والانتفاع فلا يتقيد بشئ منهما عملا بالاطلاق فان شاء ركب بنفسه وان شاء حمل وان أعاره غيره العمل جاز لان الناس لا يتفاوتون في الحمل والمستعير يملك الا اعادة فيما لا يتفاوت الناس فيه وان أعاره للركوب صح من حيث أنه تعين للانتفاع والمنفعة لان جهة الانتفاع والمنفعة لم تكن معينة فاذا أعاره للركوب فقد عين جهة الانتفاع والمنفعة لأنه يملك لان من استعار للركوب لا يملك أن يعبر غيره لتفاوت الناس في الركوب لكن لما أطلق كان تعين الركوب مفقودا الى المستعير فاذا عين غيره تعين حتى لو ركب به ذلك بنفسه ضمن واليه ذهب نفا الاسلام على البرزوي في شرح الجامع الصغير ووجهه الصدور الشهيد وقال شيخ الاسلام المعروف بخواجه زاده انه لا يضمن وهذا أصح عندي لان المستعير من المستعير اذا لم يضمن بالركوب أو البس لأنه استعمل العين باذن المستعير وتخليكه فلأن لا يضمن اذا ركبه بعد ذلك أو لبسه بالطريق الاولى لأنه استعمله بالملك لأنه لو لم يملك لما ملك غيره اه ما قاله الاتقاني رحمه الله (قوله وان كانت) هذا هو الوجه الثاني اه (قوله وان كان لا يختلف) قال في الهداية وله أن يعبر اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل قال الاتقاني وذلك مثل خدمة العبد وزراعة الارض وسكنى الدار وجل الدابة أما الركوب والبس فيختلف باختلاف المستعمل اه فقوله وزراعة الارض بخلاف لقول الشارح رحمه الله سابقا بأربعة أسطر والزراعة فانه عدلها مما يختلف باختلاف المستعمل اه (قوله وان كانت) هذا هو الوجه الثالث اه

(قوله وان كانت) هذا هو الوجه الرابع اه (قوله واختلفوا في ايداع المستعير) أي قصدا اه اتقاني (فرع) والحاصل أن العارية المطلقة تعار ولا تؤاجر وفي ايداعها اختلاف المشايخ والوديعه لا تؤدع ولا تعار ولا تؤاجر والشئ المستأجر يعار ويؤاجر وفي ايداعه اختلاف المشايخ كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله واستدلوا عليه بمسئله) كرها في الجامع اه أي الجامع الصغير اه اتقاني سيأتي الجواب عن هذه المسئله في كلام الشارح عند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده اه (قوله الباقلاني) كذا بخط الشارح رحمه الله والذي في النهاية البقالي اه (قوله والصدور الكبير برهان الأئمة) والصدور الشهيد قال الصدور الشهيد في شرح الجامع الصغير واليه أشار محمد في آخر كتب كتاب العارية فانه قال المعير اذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل يزعم أنهم مملوكه فهو خصم وإذا قال الذي في يديه قد أودعنيما فلان الذي أعترته منه فليس بخصم فهذا يدل على أن المستعير أن يودع وعليه الفتوى قلت هكذا وجدت هذه الرواية منصوصة في آخر كتب كتاب العارية من الاصل اه اتقاني (قوله وعليه الفتوى) وسيأتي في كلام الشارح عند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده أن المختار أن المستعير له أن يودع فراجع اه فقد ذكر الشارح هناك الجواب عن المسئله التي استدلى بها على منع الايداع والله الموفق اه (قوله في المتن وعارية الثمنين والمكيل والموزون الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي وعارية الدراهم والدنانير والفوس قرض وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعدد مثل الجوز والبيض الى هنا لفظ الكافي (٨٧) وكذلك الاقطان والصوف والابر يسهم

والمسك والكافور ومائر
متاع العطر والصنادل
التي لا تقع الاجارة على
منافعها قرض كذلك قاله
الانقائي ثم قال قال الحاكم
في الكافي وان استعار آنية
يتجمل بها في منزله أو سيفا
تحمل أو منطقة مفضضة أو
خاتم يكن شئ من هذا
قرضا الى هنا لفظ الكافي
وذلك لأنه أمكن الحمل
بجدة الاعارة وهو عليك
المنافع مع بقائه العين على
ملكه لأنه يتجمل بهذه
الاشياء والتجمل بالمال
نوع استقاع وقال في خلاصة

تقيدت به حتى لا يجوز له أن ينتفع بها الا في الوقت المعين ومن حيث الانتفاع فهي باقية على اطلاقها فيجوز له مطلقا فيما يختلف بالاستعمال وفيما لا يختلف على الصفة المتقدمة في المطلق عن الانتفاع والوقت وان كانت مقيدة به ما تقيدت من حيث الوقت كيفما كان وكذلك من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف الاستعمال وفيما لا يختلف لا تقيد لعدم الفائدة على ما بينا في المقيد بالانتفاع ثم كل موضع قلنا بتقيده بالمسمى له أن يخالف الى ما هو خير منه أو الى مثله كما اذا قال له اجعل على الدابة هذه الحنطة كان له أن يحمل عليها مثله أو دونه في الضرر واختلفوا في ايداع المستعير قال بعض المشايخ ليس له أن يودع مطلقا منهم الكرخي واستدلوا عليه بمسئله كرها في الجامع أن المستعير اذا بحث العارية الى صاحبها على يد أجنبي فهذا كمت في يد الرسول ضمن المستعير العارية وليس ذلك الا ايداعا منه قال الباقلاني هذا القول أصح لان الايداع تصرف في ملك الغير وهو العين بغير اذنه فمما لا يجوز بخلاف الاعارة لانه تصرف في المنفعة قصدا وتسليم العين من ضروراته فافترقا وأكثروا على أنه يجوز منهم مشايخ العراق وأبو الليث والشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل والصدور الكبير برهان الأئمة لان الايداع دون الاعارة والعين ودية عند المستعير في العارية فاذا ملك الاعلى فأولى أن يملك الأدنى قال ظهير الدين المرغيناني وعليه الفتوى قال رحمه الله (وعارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود قرض) لان الاعارة اذن في الانتفاع به ولا يتأتى الانتفاع بهذه الاشياء الا باستئجارها ولا يملك الاستئجار الا اذا ملكها فاقضت عليك عينها ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناها ما ضرر الكون ويوجب رد المثل

الفتاوى ولو قال الآخر أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها فعليه مثله أو قيمته وهو قرض الا اذا كان بينهما مائة ويكون ذلك دليل الاباحة وفي العمود قال خفاف بن أيوب سألت محمد ارحمه الله عن رجل استعار من رجل رقعة يرفع بها قيمته أو خشايد يدخل في بناءه قال لا يكون هذا عارية وهو ضامن لذلك كله وهو غرض القرض فان قال أردته عليك فهو عارية اه (قوله فاقضت عليك عينها ضرورة) قال في الكافي في باب الصرف استقرض كثر برفقه مملوكه وعن أبي يوسف لا يملكه حتى يستملكه لان القرض اعارة الا أن العين هنا قامت مقام المنفعة وهي لا تملك الا باستئجارها كذا العين ولهما أن العين لما قامت مقام المنفعة قام بقبضها مقام قبض المنفعة فأوباعه من مقرضه صحيح لانه باع ملك نفسه ولو اشتراه من مقرضه لم يصح لانه اشترى ملك نفسه وفيه خلاف أبي يوسف فان اشترى ما عليه من البر من مقرضه بمائة درهم صح لانه قد رآه التسليم لكونه في ذمته فان تفرق قبل قبض بدله فسد لا فترق عن دين بدين فان تبدله في المجلس صح لا فترق عن عين بدين فأوفى صدق حتى صح ثم وجب بالكر عيبا لم يرد له لانه ملكه بالقرض وهو تبرع لا يقتضي السلامة عن العيب ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن لان المبيع كفي الذمة بدلا عن القرض والقرض معيب فالكر الذي وجب بدلا عنه يكون معيبا أيضا وقد تضرر رده لانه كان في ذمته وسقط لما اشتراه عن ذمته فصارت له ذمته المبيع ثم علم بعيبه بدفائه يرجع بنقصانه وانما يعرف النقصان بأن يقوم الكر القرض غير معيب ويقوم وبه هذا العيب فيرجع بفضل ما بينهما ولو اشتراه بكثر مثله لا يرجع أيضا لان ردها اه (قوله يوجب رد المثل) بخلاف الهبة اه

(قوله خفيئذ يضمن) والحاصل أن القلع إذا كان يضر بالارض فالحيار لرب الارض اه (فرع) في الذخيرة والمغنى قال أبو علي النسفي حاكيا عن أستاذهم المستعير لا يجبر على النفقة بل يقال له ان شئت فأنتق والانتقل بدله عنه وقال أبو نصر لو استعار عبدا قطعاه على المستعير ولو أن مولاه أعاره فطعامه على المعير قال أبو الليث يعني إذا قال مولى العبد خذ عبيدي واستخدمه من غير أن يستعيره المستعير فإن هذا بمنزلة الوديعة فطعامه على مولاه وأما الكسوة فعلى المعير في الأحوال كلها اه كما في رجه الله (قوله في الوقت المذكور) قال الاتقاني وإنما جازله الرجوع قبل الوقت لان العارية مقتضاها الرجوع فلا يغيره التوقيت ولكن يكوه الرجوع لئلا يلزم الخلف في الوعد وذلك مكروه (٨٨) لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم اه (قوله فيكون مغرورا) أي

ولان العارية توجب رد العين والقرض يوجب رد المثل وهو يقوم مقام العين ولهذا أصبح اليه في ضمان العدو وان فاتقاه هذا إذا لم يبين جهة الانتفاع بها فان بين جهة ينتفع بها مع بقاء عينها بأن يستعيرها لمعاريبها ميزانا أو مكيالا أو ليزين بهاد كانه أو غير ذلك من الانتفاعات صارت عارية أمانة ليس له أن ينتفع بها هلا كها فكان نظير عارية الحلي والسيوف المحلى قال رجه الله (وان أعار أرضا للبناء أو للغرس صح) لان منفعتها معلومة ويجوز الانتفاع بها شرعا وإيجارها فكذا أعارته بابل أولى لكونها قربة قال رجه الله (وله أن يرجع) لان العارية غير لازمة فكان له أن يرجع أي وقت شاء قال رجه الله (ويكافئه قلعهما) أي قلع البناء والغرس لانه شاغل أرضه بملكه فيؤثر بالتفريق إذا شاء أن يأخذهما بقيمتهم ما فيهما إذا كانت الارض تستضر بالقلع خفيئذ يضمن له قيمتهما مقاوعين ويكونان له كيلا تتلف عليه أرضه ويستبدل هو بذلك لانه صاحب أصل بخلاف ما إذا كانت الارض لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك الا باتفاقهما بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما في هذه الحالة بل أيهما ما طلب القلع أجيب قال رجه الله (ولا يضمن ان لم يوقت) أي رب الارض لا يضمن للمستعير ما نقص من البناء والغرس بالقلع ان لم يوقت للعارية وقتا وقال مالك رجه الله يلزمه ضمان قيمتهما ويترك ان في أرضه لانه صار مغرورا من جهته فيلزمه الضمان كما إذا وقت للعارية وقتا فرجع قبل الوقت قلنا العارية غير لازمة فيكون له الرجوع في كل وقت فلم يكن غاراله بالاطلاق وانما هو أغتر بنفسه بخلاف ما إذا كانت مؤقتة فرجع قبل الوقت لانه يصير غاراله بذلك حيث نص على تركها في يده الى الوقت المذكور وهذا لان ظاهر حال المسلم أن يفي بالوعد فيكون مغرورا من جهته فكان له أن يرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه بسببه قال رجه الله (وان وقت فرجع قبله ضمن ما نقص بالقلع) وقال زفر رجه الله لا يضمن لان التوقيت في العارية غير ملزم كأصل عقدها ولهذا كان له أن يستردها في أي وقت شاء والغرور انما يثبت في ضمن عقدا معاوضة لا في التبرعات ولهذا لو هلكت العارية عند المستعير فاستحقها مستحق وضمنه قيمتها لا يكون له الرجوع بما ضمن وفي المعاوضات كالبيع والاجارات له ذلك فصار كما إذا كانت العارية مطلقة ونحن قد فرقنا بينهما ولان كلام العاقل يحتمل على الفائدة ما أمكن وجواز العقد يثبت بدون التوقيت فلا بد للتوقيت من الفائدة ولا يكون ذلك الا بالتزامه القيمة له عند الرجوع قبل الوقت فصار كأنه قال ان رجعت قبل الوقت فأنا ضمن لك فيلزمه بحكم التزامه لا بمجرد العقد ومعنى قوله ضمن ما نقص أن يقوم قائما غير مقاوع لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت قال رجه الله (ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد) الزرع استحسانا (وقت أولم يوقت) لان له نهاية معاومة فيتربك بأجر المثل لان فيه مراعاة الحقين كما في الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك

مغرورا من جهة الالتزام المعنوي على ما يأتي اه (قوله في المتن وان وقت يرجع قبله) أي المعير اه (قوله في المتن أيضا ضمن ما نقص بالقلع) أي البناء والغرس اه قال في الهداية وضمن المعير ما نقص البناء والغرس قال الاتقاني أي نقصان البناء والغرس على أن ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين والغرس يروي بالفتح على ارادة المغروس وبالكسر وهو ظاهر اه (قوله في المتن لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع استحسانا) قال شيخ الاسلام علاء الدين الأسدي بابي في شرح الكافي والقياس في ذلك مثل الغرس والبناء لانه انتهى العقد فكان له حق التفريق ووجه الاستحسان انالوا أمرنا بالقلع لا ضررنا به

من غير نفع يعود الى المالك ولو بقيت له نفقته من غير ضرر يعود الى المالك لانه بقيه بأجرة والجمع بين الحقين أولى قال بخلاف النخل لانه ليس لادرا كغاية معاومة فلو بقيت له مطلقا عليه منفعة أرضه أما هذا فلا درا كغاية معلومة حتى لو كان الغراس للبيع والنقل لا للاستبقاء كان الحكم فيه كالحكم في الزرع بخلاف الغاصب حيث يؤثر بقلع الزرع اذا زرع الارض لانه جان في الابتداء وقد سمت الحاجة الى رفع العدو وان وهنا بخلافه كذا في شرح الكافي اه اتقاني (قوله لان فيه مراعاة الحقين) أي بحق المعير والمستعير وذلك لانه يترك الارض في يد المستعير بأجر المثل لثلاث فوائد منفعة الارض مجاناً ولا يتلف زرع الآخر أيضا فيعتدل النظر من الجانبين اه اتقاني

(قوله في المتن ومؤنة الرد على المستعير الخ) قال في شرح الطحاوي الإمام الاسيحياني وعادف الدابة على المستعير سواء كانت مطلقة أو مقيدة وكذلك مؤنة الرد على المستعير اه اتقاني (قوله في المتن أيضا والمرتهن) قال الاتقاني نقلا عن شرح الطحاوي للإمام الاسيحياني في كتاب العارية وفي الرهن مؤنة الرد على الراهن اه ولا يخفى ما فيه من المخالفة اه وفي الخلاصة أن مؤنة الرهن على الراهن وعزاه لشرح الطحاوي أيضا ولم يحك خلافه وفي الجوهرية على المرتهن كما في الكفوه والظاهر اه (قوله ولهذالو كانت العارية مؤقتة الخ) سيأتي هـ هذا الفرع في أواخر الصفحة الآتية في الشرح فراجع اه وكتب مانعه قال في الوجيز العارية إذا كانت مطلقة في الوقت والاتفاق بأن استعارة دابة أو ثوب أو لم يوقت ولا من يستعمله فلا مستعير أن يلبس ويركب غيره والعارية المقيدة فيهما بأن استعارة شيء أو ما وبين أنه يستعمله بنفسه ففي الدابة والثوب ليس له أن يركب ويلبس غيره وله أن يعير غيره للجمل وفي العبد والدار له أن يعير غيره وإن كانت مؤقتة في الوقت مطلقة في الانتفاع بأن استعارة دابة أو ثوب أو لم يسم ما يحمل عليها فله أن يحمل عليها ما شاء في اليوم فإن أمسكها بعد الوقت ضمن وإن لم ينتفع بها وهو الصحيح وإن كانت مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع بأن استعارة ما يحمل عليها حنطة فله أن يحمل عليها الحنطة متى شاء اه وهذه الأوجه الأربعة المذكورة وإن تقدمت في كلام الشارح فانما (٨٩) أعدهم الثالثة اه (قوله وانما يجب

عليه التمكن والتخليه) قال في البدائع حتى لو استأجر دابة ليركبها في حوائجها في المصر وقتا معلوما فمضى الوقت فليس عليه تسليمها إلى صاحبها بأن عضي بها إليه وعلى الذي أجز أن يقبضها من منزل المستأجر لأن المستأجر وإن انتفع لكنه بعوض فبقيت العين أمانة في يده ولهذا لا يلزمه نفعها حتى لو أسكها أياما فهل يملك لم يضمن سواء طلبها منه أو لم يطلبها لأنه لم يلزمه الرد إلى يده بعد الطلب فلم يكن متعديا في الأمالة كالمودع إذا امتنع من رد الدابة إلى بيت المودع فهل يملك اه

قال رحمه الله (ومؤنة الرد على المستعير والمودع والمؤجر والغاصب والمرتهن) لأن المنفعة حصلت لهم والاصل أن مؤنة الرد تجب على من وقع القبض له أما المستعير فلا بد قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه ولهذا لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد مضي الوقت ولم يردّها حتى هلكت ضمن بخلاف المستأجر فإذا وجب عليه الرد وكانت مؤنة عليه لأن الخارج بالضممان والغرم بالغنم وأما المستأجر فلان العين المستأجرة مبنية لمنفعة المالك لأن الاجر سلم له به ولا يجب على المستأجر ردّها وانما يجب عليه التمكن والتخليه فلا يكون عليه مؤنة الرد ولا يقال قبضه كان لمنفعة نفسه فوجب أن تكون المؤنة عليه لانا نقول ان ما حصل له منفعة وهي عرض يفتى وما حصل للمؤجر عين تبقى فكان هو بالوجوب أولى وأما الوديعة فلان منفعة القبض حاصل له لأنه لحفظ العين ومنفعة حفظها عائد إليه فكانت مؤنة ردّها عليه وأما العين المغصوبة فلان الغاصب يجب عليه تسليمها بغير ردّها وأما الدابة التي يملكها كما كانت لانه هو الذي أزال يده متعديا في ردّها براءة ذمته فيكون عليه مؤنة ردّها فدفع الضرر عن المالك وأما الرهن فلان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه قال رحمه الله (وان ردّ المستعير الدابة إلى اصطلح مالكوها أو العبد إلى دار المالك برئ بخلاف المغصوب والوديعة) وهذا الاستحسان والقياس أن لا يبرأ لأنه لم يردّها إلى صاحبها وانما ضيعها ما تضييع عاصرا كالمغصوب والوديعة وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف وهو المعقول عليه وهذا لأن الاصطبل أو الدار في يد المالك ولو ردّها ما على المالك كان ردّها ما إلى الاصطبل أو الدار فكان الردّ اليه ما ردّا على المالك بخلاف الوديعة لأنه لا يحفظ ولم يرض بحفظ غيره إذ لو رضى به لما أودعها عنده وبخلاف الغصب لأنه صار متعديا بإثبات يده في العين وبإزالة يد صاحبها فلا بد من إزالة يده وإثبات يد صاحبها فيها وذلك بالتسليم حقيقة وقيل عندنا في عاداتهم وفي زماننا لا يبرأ إلا بالتسليم إلى يد صاحبها وعن ابن سملة أنه إن كان المرابط خارج الدار لا يبرأ لأن الظاهر أن الدابة

(١٢ - زيلهي خامس) (قوله وأما الرهن فلان قبضه) أي قبض المرتهن اه (قوله في المتن وان ردّ المستعير الدابة) قال الحاكم الشهيدي في مختصره المسمى بالكافي وإذا ردّ المستعير الدابة فلم يجد خادما أو لا صاحبها فربطها في دار صاحبها على معافاة فضاغت قال هو ضامن لها في القياس ولكنني أستحسن أن لا أنضمه إلى هنا لفظ الكافي وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وان ردّ المستعير الدابة إلى منزل صاحبها الذي يكون فيه فربطها على آريها فهل يملك بعد ذلك فلا ضمان عليه استحسانا والقياس أنه يضمن إلى هنا لفظ الكرخي وبالقياس أخذ الشافعي كذا في شرح الاقناع وجه القياس أنه لم يجد الردّ إلى المالك اه اتقاني (قوله لأنه لم يردّها أي الدابة أو العبد اه) (قوله وجه الاستحسان) قال الاتقاني وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المعتادين الناس لأن الناس يستعرون الدابة فيردونها إلى اصطلح المالك والجيران يستعرون آلة البيوت ويردونها إلى دار صاحبها أو يسلمونها إلى من فيه دون صاحب الدار فلو ردّها إلى المالك أيضا كان المالك أيضا يحفظها في المكان فتدأسه عنه المستعير كرامة فترك القياس بالعادة قال النبي صلى الله عليه وسلم ما رأيت المؤمنين حسنا فهو عند الله حسنا وهذا قال منافعنا وكانت العارية عقد جوهري لم يجز أن يردّها إلا إلى المعير لأن العادة لم تجز بحفظه في الدار ولا دفعه إلى الغلام (قوله بخلاف الوديعة) أي حيث لا يبرأ فيها إلا بالردّ إلى المالك اه

(قوله في المتن أو أجيره برئ) أي لأن المستعير في حق العين مودع وأمين والمودع يملك المدفع إلى من في عياله فكذا المستعير وعبدته في عياله وكذا أجيره إذا كان مسانحة أو مشاهرة بخلاف الأجير مياومة لأنه ليس في عياله فكان الرد إلى يدهؤلاء كالرد إلى يد المالك اه اتفاق (قوله بخلاف غلام نفسه) قال طهيري الدين الحق الولوالجي في فتاواه ولو كان على دابة بعارية أو اجارة فنزل عنها في السكة أو دخل المسجد ليصلي فحلق عنها فملكته فهو ضمان أيها لأنه لما دخل المسجد والبيت وثر كها خارج المسجد والبيت فقد تركه لفظها عن عياله ومن مشايخنا من قال هذا إذا لم يربطه بشيء أما إذا ربطها لا يضمن لأنه متعارف وإن كان في الصحراء ونزل ليصلي وكان يمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه لأنه لما أمسكها لم يترك حفظها وقال في الفتاوى الصغرى استعار من آخر دابة ليحمل عليها حنطة فبعث المستعير الدابة مع وكيله ليحمل عليها الحنطة (٩٠) فحمل الوكيل طعاما لنفسه لا يضمن نص عليه في باب خصومة المتفاوضين من كتاب

الشركة ثم قال وهذا شيء عجيب ثم قال في الفتاوى الصغرى استعار ثورا ليكرب أرضه وعين الأرض وكرب أرضا أخرى فعطب الثور يضمن لأن الأراضي تختلف في الكرب سهولة وصعوبة بخلاف من استعار دابة ليذهب إلى مكان معلوم فذهب إلى مكان آخر بتلك المسانحة كان ضامنا وكذا لو أمسك الثور في بيته ولم يكرب حتى عطب ضمن لأنه ليس له ولاية الامساك لعدم الرضا من المالك وكذا في الاجارة إذا أمسك ولم يذهب ثم قال المستعير إذا وضع المستعير بين يديه ونام لا يضمن لأن هذا حفظ عادة لكن هذا إذا نام جالسا أما إذا نام مضطجعا يضمن اه اتفاق (قوله ثم قيل هذا) أي عدم الضمان بالرد إلى رب الدابة اه (قوله وهذا

تكون هناك بلا حفظ قال رحمه الله) وان رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة أو مع عبد رب الدابة أو أجيره برئ بخلاف الاجنبي والقياس أن لا يبرأ إلا بالتسليم والايصال إلى يد صاحبه أو وجهه ما يناله ووجه الاستحسان أن كل واحد من المعير والمستعير يحفظ دوابه بسائسه والمدفع اليه كالمدفع إلى صاحبه عادة وهو لو دفعها إلى المالك لدفعها هو إلى السائس وحفظه بسائسه كحفظه بنفسه كما مر في الوديعة فيكتفى بالتسليم منه إلى السائس أو من السائس إلى السائس أو من السائس إلى المالك بخلاف الوديعة حيث يضمن المدفع إلى السائس المالك لعدم العرف بالتسليم اليه ولأنه إنما أودعه لكونه لم يرض بعيره ولورضى به لما أودعها عنده بخلاف غلام نفسه حيث يكون له أن يدفع الوديعة اليه على ما يناله غير مسرة أنه لا بد له منه وهذا في الأشياء التي تكون في يد الغلمان عادة وأما إذا لم تكن في أيديهم عادة كعقد لؤلؤ وكحو ذلك فردها المستعير إلى يد غلام صاحبها أو وضعها في داره أو اصطبله يضمن لأن العادة لم تجربه في مثله ولهذا الودعه المودع إلى غلامه يضمن ثم قيل هذا إذا ردها إلى يد عبده الذي يقوم على الدواب والاصح أنه اليه وإلى غيره لأنه إن لم يكن في يده دائما يدفع اليه في بعض الاوقات فيكون رضا المالك موجودا دلالة وقوله بخلاف الاجنبي يعني بخلاف ما إذا ردها مع الاجنبي فإنه يضمن لأنه متعهد في يد الاجنبي وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير ليس له أن يودع وعلى المختار ان هذه المسئلة محمولة على ما إذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي لأنه بامساكها بعد مضي المدة يصير متعلقا حتى إذا هلك في يده ضمن فكذا إذا تركها في يد الاجنبي وهذا لان الوديعة أدنى حالا من العارية فإذا كان يملك الاعارة فيما لا يختلف فأولى أن يملك الايداع على ما ينال من قبل ولا يختص بشيء دون شيء لأن الكل لا يختلف في حق الايداع وإنما يختلف في حق الانتفاع قال رحمه الله (ويكتب المعار أطعمتي أرضك) أي إذا استعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب المستعير أنك أطعمتني أرضك وهذا عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وقال لا يكتب أنك أعرتني لأن الاعارة هي الموضوع له هذا المقيد والكتابة باللفظ الموضوع له أولى كما في اعارة الثوب والدار فإنه يكتب فيه أعرتني ولا يكتب ألبستني ولا أسكنتني وله أن لفظ الاطعام أدل على المقصود لأنه يخص الزراعة لأن الاطعام إذا أضيف إلى ما لا يؤكل يعرف منه ان المراد به الاستغلال بالتمكين من الزراعة بخلاف لفظ الاعارة فإنها تنظم الزراعة والبناء والمراح ونصب الخيام بخلاف الدار والثوب لأن منفعتهما غير متنوعة فحصل المقصود بذكر العارية فلا حاجة إلى

يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير الخ) قال الاتفاق ودلت المسئلة هذه على أن المستعير لا يملك الايداع قصد اواله بيان ذهب الشيخ أبو الحسن الكرخي وقدم من قال بأنه يملك الايداع وهو اختيار مشايخ العراقيين قول هذه المسئلة فيقول بان العارية قد انتهت فبقي مودعا والمودع لا يملك الايداع بالاتفاق اه (قوله في المتن ويكتب المعار) أي المعار له اه (قوله والكتابة باللفظ الموضوع له أولى) أي لأن الحقيقة أحق بان تراد وبقولهما أخذ الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اه اتفاق (قوله بالتمكين من الزراعة) قال الاتفاق وجه قول أبي حنيفة أن عارية الأرض قد تكون للزراعة وقد تكون لغيرها من السكنى والبناء ولفظ الاطعام أدل على المراد لأن قوله أطعمتك هذه الأرض معناه أذنت لك أن تزرع فيها التاء كل من غلاتها فلما كان كذلك يكتب به التزول الشبهة ويعلم أنه أذن له في الزراعة خاصة دون البناء والسكنى ولفظة الاطعام وإن كان مجازا معلوم لكونه متعارفا لان كل واحد يعلم أن ذات الأرض لا تؤكل فكان أولى بالاستعمال لتبين المراد بها اه

كتاب الهبة

قد ذكرنا وجه المناسبة في العارية وهو الترقى من الأدنى إلى الأعلى ولأن العارية كالنرد والهبة كالركب لأن فيه تسليم العين مع المنفعة وكتب مانعه قال الاتقاني أما تفسيرها لغة فهي إعطاء الشيء بغير عوض أي شيء كان مالا كان أو غير مال قال تعالى يهب لمن يشاء إناؤا يهب لمن يشاء الذكور أو أطلق اسم الهبة على الولد وإن لم يكن مالا لأنه أعطى بغير عوض وفي العرف يراد بها تسليم المال بغير عوض وهو المراد في الشريعة اه (قوله وشرطها) قال الاتقاني وأما شرط جوازها فالقبض حتى لا يثبت الملك للموهوب له عندنا قبل القبض خلاف ابن أبي ليلى ومالك فإنه ليس بشرط عندنا ما وكونها بغير مشاع إذا كانت مما يحتمل القسمة شرط الجواز أيضا وعند الشافعي هبة المشاع جائزة وكذا التصرف بالمشاع وكون المحل المضاف إليه الهبة مالا قابلا لتسليمك شرط الجواز أيضا حتى إذا وهب المدير أو أم الولد أو النحر لا يصح اه (قوله وركنها الإيجاب والقبول) قال الاتقاني وأما ركنها (٩١) فقد اختلف المشايخ فيه قال

خواهر زاده في مبسوطه هو مجرد إيجاب الواهب ولهذا قال علماءنا إذا حلف لا يهب فهو هبة ولم يقبل يحنث في عينه عندنا وقال صاحب التحفة وركنها الإيجاب والقبول ووجهه أن الهبة عقد والعقد هو الإيجاب والقبول اه (قوله من غير أن يكون لازما) إلا أن يحصل مقصود الواهب من الهبة كصلة الرحم لكن بكره الرجوع لما فيه من الدناءة اه اتقاني (قوله في المنع وتصح بالإيجاب والقبول) قال الكاكي أي تصح في حق الواهب بمجرد الإيجاب وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض لأن الهبة عقد تبرع يتم بالتبرع فصار عندنا بمنزلة الأقرار والوصية ولكن الموهوب له لا يملكه إلا بالقبول والقبض اه (قوله

بيان المنفعة وعلى هذا ينبغي أن يكتب في كل فصل ما هو أدل على المقصود حتى يكتب في استعارة الأرض أنك أطمعتني أرض كذا لأزرعها ما أشاء من غلة الشتاء والصيف لأنه أدل على المقصود وأبعد من الاختلاف والله أعلم

كتاب الهبة

قال رحمه الله (شيء تسليمك العين بلا عوض) هذا في الاصطلاح وفي اللغة هي التبرع والتفضل بما يتفع الموهوب له مطلقا قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وقال تعالى يهب لمن يشاء إناؤا يهب لمن يشاء الذكور الآية وهي من صفات الكمال فإن الله تعالى وصف بها نفسه بقوله عز وجل أنك أنت العزيز الوهاب والبشر إذا باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم وازالة الشح النفس وادخال السرور في قلب الموهوب له وإيراث الموتة والمحبة بينهما وازالة الضغينة والحسد ولهذا من باشرها كان من المفحجين قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون وهي مشروعة مندوب إليها بالإجماع وشرطها أن يكون الواهب عاقلا بالغ عاقل الموهوب له مميزا والموهوب مقبوضا وركنها الإيجاب والقبول وحكمها ثبوت الملك للموهوب له من غير أن يكون لازما قال رحمه الله (وتصح بالإيجاب كقوله) وهبت ونخلت وأطمعتك هذا الطمام وجعلته لك وأعرتك هذا الشيء ونخلت على هذا الدابة ناويا به الهبة وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة تسكنها لا هبة سكني أو سكني هبة وقبول وقبض بلا إذن في المجلس وبعده به في محوزة قسم ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم أي تصح الهبة بالإيجاب كقوله وهبت الخ وبقبول وقبض في المجلس وفيما بعد المجلس يملك بالاذن سر محلا لا غير كل ذلك في محوز ومشاع لا يقسم أما الإيجاب والقبول فلا لأنه عقد فينهتهما كسائر العقود وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض كالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة إلا بمقبوضة والمراد نبي الملك وقال أبو بكر الصديق لعائشة رضي الله عنهما في مرضه كنت نخلت لك جدادا عشرين وسقما من مالي بالعالية وأياك لم تكون قبضت به ولا خزنته وإنما هو مال الورثة ولو كانت تلك قبل القبض لكان لها ذلك ولأن فيه الزام المتبرع ما تبرع به

فينعتد بهما) قال الاتقاني أما الإيجاب والقبول فلأن الهبة عقد والعقد لا بد له من الإيجاب والقبول وأما القبض فهو شرط صحة الملك للموهوب له حتى لا يملك قبل القبض عندنا هذا في حق ثبوت الملك للموهوب له أما إذا حلف وقال لا يهب لفلان فهو هبة ولم يقبل يحنث في عينه عندنا وعند زفر لا يحنث بالقبول وقبض لأن تسليمك فلا يفيد الملك إلا بالقبول كافي البيع ولأن الهبة اسم لإيجاب ملك من جانب واحد وأنه يتم بالملك الآن القبول شرط ثبوت الملك لا شرط وجود الهبة فصار كما إذا حلف لا يقر له شيء أو لا يوصي هو ولم يقبل الآخر يحنث فكذلك هذا بخلاف البيع فإنه تسليمك من الجانبين فلا يتم إلا بهما كما في الطهر والختان وعند ابن أبي ليلى يثبت الملك قبل القبض كذا ذكر شيخ الإسلام علماء الدين الأسبقين في شرح الكافي وهو مذهب مالك اه (قوله نخلت جدادا) قال ابن الأثير في الجيم مع الدال المهملة الجداد بالفتح والكسر مرام النخل وهو قطع غرتهم يقال جدد النمرة فجدة حاجدة أو منه حديث أبي بكر قال لعائشة رضي الله عنهما في كنت نخلت لك جدادا عشرين وسقا اه

(قوله لانه تصرف في ملك الغير) وذلك لان ملك الواهب فيه قبل قبض الموهوب له باق بدليل صحة تصرفه من البيع والاعتاق اه اتقاني
(قوله فلا يجوز الا بذنه) وبه قال الشافعي اه اتقاني (قوله فيكون تسليطه على القبض) أي اقتضاء اه اتقاني وكتب مانصه قال شيخ
الاسلام خواجه زاده في مبسوطه فاما اذا نهى عن القبض بعد الهبة بان قال له لا تقبض فقبض فانه لا يصح قبضه قبض في المجلس أو بعد
المجلس أما بعد المجلس فلا اشكال فيه لانه لو قبض في المجلس لم يصح قبضه فبعد المجلس أولى وان قبض في المجلس لم يصح لان نهى الواهب
الموهوب له عن القبض رجوع عن الايجاب لان القبض في باب الهبة بمنزلة القبول في باب البيع والبائع لو نهى المشتري عن القبول
بعد الايجاب كان ذلك رجوعاً عنه عن الايجاب دلالة فكذلك هذا ولو رجع ثم قبض لا يصح قبضه فكذلك هذا اه اتقاني (قوله فيستقيد
ذلك بالمجلس) أي وان لم يوجد الاذن صريحاً به انه ما قال شيخ الاسلام خواجه زاده في مبسوطه انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من
القبض لان القبض متى فات بالهلاله قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحاً واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود
القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشتري
بالقبض مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا أن ما ثبت اقتضاء بقاء ضرورة والشاب بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترفع
بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحاً متى قبض في المجلس فلا يعتبر بقاءه في المجلس بخلاف ما لو أثبت نصاً لان الثابت
نصاً ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس (٩٣) وبعد المجلس والجواب في البيع الفاسد على هذا التفصيل الذي ذكرنا في الهبة

فلا يجوز بخلاف الوصية لان المتبرع قدم مات والورثة ليسوا بمتبرعين ولو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه
الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض وقوله وقبض في المجلس بلاذنه أي بلا اذن الواهب
وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز الا بذنه لانه تصرف في ملك الغير فلا يجوز الا بذنه وجه الاستحسان
أن القبض كالقبول في الهبة ولهذا لا يملك به قبله ويغني عن القبول كما بينا والمقصود من الايجاب
اثبات الملك فيكون تسليطه على القبض دلالة اذ ملكه لا يتصور الا به فيستقيد ذلك بالمجلس كالقبول لانه
بمنزلة على ما بينا بخلاف ما اذا نهى عن القبض في المجلس لان التصريح يفوق الدلالة فلا تعمل بمقابله شيئاً
ولهذا صح الاذن بعد المجلس لكونه صريحاً وانما انهدت بقوله وهبتك لانه صريح في الهبة وبقوله
فقبلت لانه مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام **أكل أولادك فقبلت مثل هذا** وكذا قال
أبو بكر رضي الله تعالى عنه لعائشة رضي الله تعالى عنها كنت فقبلتك على ما بينا وبقوله أطعمتك هذا
الطعام لان الاطعام اذا أضيف الى ما تؤكل عينه يراد به التملك بغير عوض وهو الهبة بخلاف ما اذا قال
أطعمتك هذا الارض لان عينها لا تؤكل فيكون المراد به ما يستغل منها فأمكن ذلك بالعارية وبقوله
جعلته لك لان الام للتملك فصار كأنه قال ملكتك هذا الثوب ألا ترى أن ذلك لو كان بعوض كان عليك
فكذلك بغير عوض وبقوله أعمرتك لقوله عليه الصلاة والسلام من أعمر عمرى فهو لي للعمر له ولورثته من

وقال شيخ الاسلام علاء
الدين الاسيحي في شرح
الكافي واذا كان العبد
الموهوب حاضر افعاله
الواهب قد خليت بينك وبين
الهبة فاقبضها وانصرف
الواهب فقبضه الموهوب له
جاز لان التولية اقباض منه
فاذا قبض باذنه تم العقد قال
فرق بين هذا وبين البيع
فانه اذا خلى بينه وبين
المبيع نزل قابضاً وان لم
يبشر القبض بخلاف الهبة
والفرق بينهما أن القبض

واجب عليه في باب البيع وانه محتاج الى اخراج نفسه عن العهدة اذا أتى بما في وسعه وليس في وسعه الا التولية
بخلاف الهبة فان التسليم ليس بواجب عليه في الهبة فاذا لم يسلمه اليه ويقبضه لا يعد مسلماً وان كان غائباً فاذن له في القبض جازله أن
يرجع ما لم يقبض لان الهبة لا تلزم قبل ايصال القبض بها فصح رجوعه كذا في شرح الكافي وقال الكرخي في مختصره فان أذن له في
القبض فقبض الهبة بحضرة الواهب أو بغير حضرته جازا ل القبض اه اتقاني وكتب مانصه قال قاضيان رجل قال لا خرو هبت عبدى
هذا منك والعبد حاضر بحيث لو تديده ناله فقال قبضته قال أبو بكر جازت الهبة من غير قبول ويصير قابضاً في قول محمد وقال أبو يوسف
لا يصير قابضاً لم يقبض وان كان العبد غائباً فقال وهبت منك عبدى فلا نأفاهب واقبضه فقبضه جاز وان لم يقل قبضت وبه نأخذ اه
كلام قاضيان رحمه الله وعلم منه أن مجرد التولية لا يكون قبضاً عند أبي يوسف ولا بد عنده من القبض الحقيقي قال في المحيط في باب قبض
الهبة مانصه النوادر رجل وهب من رجل ثوباً وهو حاضر فقال الموهوب له قبضته قال أبو حنيفة صار قابضاً لانه متمكن من قبضه فأقيم
تمكنه مقام قبضه كالتولية في باب البيع وقال أبو يوسف لا يصير قابضاً لم يقبضه بنفسه لانه غير قابض حقيقة اه وعلى هذا فحمد مع
أبي حنيفة رحمه الله فتقوله الحقيقي أي وهو تقدم من ذلك المكان اه (قوله لان الاطعام اذا أضيف الخ) قال الاتقاني رحمه الله ولنا في
تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تملك العين فعلي هذا ينبغي أن يكون المراد من الاطعام
في الكفاية التملك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الاطعام في الآية مضافاً
الى ما يطعم عينه فافهم اه

(قوله لان الكسوة يراد به التملك) أي تملك العين لا تملك المنفعة اه (قوله والمراد به التملك) أي وألفاظنا تحمل على ما هو المراد من ألفاظ الشرع اه اتقاني (قوله دارى لك هبة) نصب على الحال اه (قوله مشورة) هي بتسكين الشين وفتح الواو وبضم الشين وسكون الواو بمعنى الشورى وهي استخراج رأى على غالب الظن اه اتقاني (قوله قال دارى لك هبة) نصب على الحال أو على التمييز اه (قوله احتراز بقوله محوز عن المتصل) قال الاتقاني وقوله محوزة احتراز عما إذا كانت الهبة مشعولة بمالم تقع عليه الهبة كالتمر في النخل والزرع في الارض وكالظرف فيه متاع للراهب وقوله مقسومة احتراز عن المشاع قال علماءنا هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لانتم ولا تنفيذ الملك قبل القسمة وقال الشافعي انها تامة وبعض أصحابنا قالوا انها فاسدة والاصح ما قلناه كالهبة قبل القبض ولا يقال انها فاسدة بل غير تامة كذا هذا وأجمعوا على أن هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والذابة تامة كذا قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال في الطريقة البرهانية قال علماءنا هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تنفيذ (٤٣٣) الملك قبل القبض وقال الشافعي تنفيذ

الملك بالتخلية وأجمعوا على أن هبة الشائع الذي لا يحتمل القسمة تنفيذ الملك بالتخلية وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيبي في شرح الكافي واذا وهب الرجل للرجل نصيبا مسمى في دار غير مقسوم فسلمه اليه أو سلم اليه جميع الدار لم يجز وكذا ان وهب له نصيبا في بيت كبير لم يجز لان البيت يقسم وكل شئ يقسم لا يجز وهذا عندنا خلافا للشافعي ومعنى بقوله انه يقسم أنه يبقى منتفعا به انتفاع البيت بعد القسمة أما اذا لم يبقى منتفعا به ذلك النوع من الانتفاع مثل الحمام الصغير اذا قسم والبيت الصغير فانه تجوز هبته قبل القسمة اتفاقا وقال شيخ الاسلام أبو بكر المعروف بخوارزمي زاده في مبسوطه قال علماءنا اذا وهب مشاعا

بعده ولان معنى العمرى هو التملك للحال واشترط الاسترداد بعد موت المهر له فصح التملك وبطل الشرط لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وبقوله جعلتلك على هذه الذابة ناويابه الهبة لان الاركاب تصرف في المنفعة فيكون عارية الا اذا أراد به الهبة فتصح لانه مستعمل فيه يقال جل الامير فلانا على الذابة فيمنون به التملك فتصح بانه لا سيما اذا كان تشديدا عليه وبقوله كسوتك هذا الثوب لان الكسوة يراد به التملك قال الله تعالى أو كسوتهم والمراد به التملك لان الكفارة لا تتأدى بالمنافع وكذا يقال كسافلان فلانا اذا ملكه اذا أعاره وبقوله دارى لك هبة تسكنها لان اللام فيه للتملك ظاهرا وقوله تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود فصارت نظير قوله هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه بخلاف ما اذا قال دارى لك هبة سكنى أو سكنى هبة حيث تكون عارية على ما بينا في العارية وهو المراد بقوله لا هبة سكنى أى لا تكون عليك بقوله دارى لك هبة سكنى وقوله في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم أى تجوز الهبة في محوز مقسوم وفي مشاع لا يقسم ولا تجوز في مشاع يقسم احتراز بقوله محوز عن المتصل كالثمره على الشجرة وبقوله مقسوم عن المشاع وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه تجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم لانهم اعمد عليهم والمحل قابل له فأشبهت البيع وكونه نبرعا لا ينافى الملك في الشبيوع كالقرض والوصية وتسلمه مكن بالتخلية أو بتسليم الكل اليه كالمشاع الذي لا يحتمل القسمة ولنا أن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة رضى الله تعالى عنهم شرطوا القسمة لصحة الهبة ولان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط وجوده على أكمل الوجوه كفاي استتقبال القبلة لما كان منصوصا عليه يشترط وجوده على الكمال حتى لو استقبل الطهيم لا تجوز صلاته مع انه من البيت بالسنة ولان القبض ثبت مطلقا والمطلق يتناول الكمال والكامل هو الموجود من كل وجه والقبض في المشاع موجود من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن كون الشئ في حيز القابض والمشاع ليس في حيزه من كل وجه لانه في حيزه من وجه وفي حيزه من وجه وتسامها لا يحصل الا بالقسمة لان الانصباء بها تتميز وتجتمع وما لم يجمع لا يصير محزرا أو يكون احراز ناقصا فلا ينقض لفائدة الملك ولان اشبهتراط أصل القبض في الهبة كان للتمرز عن وجوب الضمان على المتبرع لاحتمال هلاكه قبل القبض أو كماله يلزمه المطالبة بالتسليم وهذا المعنى هنا لا نلوه لوجوب عليه أجرة القسمة والمطالبة بالقسمة فيصير عقد

يحتمل القسمة لا يجوز سوا وهب من الاجنبي أو من شريكه وقال الشافعي يجوز من الاجنبي ومن الشريك وقال ابن أبي ليلى ان وهب من الاجنبي لم يجز وان وهب من الشريك جاز وأجمعوا على أنه اذا وهب ما لا يحتمل القسمة فانه يجوز ولا يردون بقولهم لا يحتمل القسمة انه لا يحتمل التجزى في نفسه لانه ما من شئ في الدنيا الا ويحتمل التجزى في نفسه وانما يردون بقولهم لا يحتمل القسمة أن المنفعة تفوت أصلا بالقسمة والتجزى كما في العبد متى قسم وجرى نفوت المنفعة أصلا أو نفوت جنس المنفعة كفاي الحمام والبيت الصغير الى هنا لفظ خواهر زاده اه (قوله كالقرض والوصية) قال الاتقاني وكذلك قرض المشاع في الذي يحتمل القسمة صحيح والقرض تبرع والتبرع لا يصح بدون القبض بانه انه نص في كتاب المضاربة في رجل دفع الى رجل ألفا فنفقه فرضا ونصفه مضاربة فانه يصح وكذلك لو أوصى بثلث داره شائعا يصح ويثبت الملك قبل القبض اه اتقاني (قوله لانه لو صح) أى هبة المشاع فيما يقسم ونظيره كما ترى يشهر بعدم الصحة وقد قدمت القرية بان الاصح انها صحيحة غير تامة لافاسدة كما قال به بعض منايخنا والله اعلم

(قوله ليس بشرط لهما) أي بل يتم بالقبول بعد الموت قبل القبض اه اتقاني (قوله لو وهب مشاعا ثم قسمه وسلمه جاز) قال في الهداية قال ومن وهب شخصه مشاعا فالهبة فاسدة قال الاتقاني أي قال القدوري في مختصره وتعمده فيه فان قسمه وسلمه جاز وأراد به الهبة فيما يقسم لان هبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة (٩٤) ولهذا قال الكرخي رحمه الله وان وهب له مشاعا ثم قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه إلى

التبرع هو وجب الضمان القسمة على المتبرع ولطالبت به بالقسمة وهو خلاف موضوع التبرع قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما لا يقسم لانه لا يجب أجرة القسمة فيه ولا يتصور فيه إلا بالقبض الناقص فاكتمق به ولا نالوا اعتبارنا كمال القبض فيه لانه لا يستأب الهبة فيه وفيما يقسم لا يستأب ولا يقال يستوجب الهبة بأية فيما لا يقسم وهو واجب على المتبرع فوجب أن يمنع لانه يقول المهاباة قسمة المنافع والتبرع وقع في العين فيكون إيجابا في غير ما تبرع به فلا يبالى وإنما المحذور الإيجاب في عين ما تبرع به والقبض في الوصية ليس بشرط لصحتها وكذا في البيع الصحيح وفي البيع الفاسد والسلم والصرف غير منصوص عليه وقوله عليه الصلاة والسلام يبدأ المراد به التمهين غير أن التمهين في الثمنين يكون بالقبض ولان القبض فيه شرط البقاء على الصحة لا شرط الصحة والبقاء أسهل من الابتداء ولان هذه عقود معاوضة فلا يبالى بوجوب ضمان القسمة أو المطالبة والقرض تبرع ابتداء حتى لا يملكه الامن يملك التبرع معاوضة انهاء لانه يوجب رد المثل فليكونه تبرعا من وجه شرطنا القبض فيه وليكونه معاوضة من وجه لم نشترط القسمة عملا بالدليلين أو الشبهين ولان القبض فيه غير منصوص عليه فلا يراعى فيه الكمال ولو وهب جزأ شاعا من شريك لم يجز أيضا لان القبض الكامل لا يتصور فيه وهو علة ثبوت الملك فيه والحكم بدون علمه لا يوجد ولان العلة يراعى وجودها لا غير فيدور الحكم وهو الفساد على نفس الشئ يوع قال رحمه الله (فان قسمه وسلمه صح) أي لو وهب مشاعا ثم قسمه وسلمه جاز لان تمام الهبة بالقبض وعنده لا شئ يوع فيه ولو سلمه شاعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه ويتخذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوي وقاضخان وروى عن ابن رستم مثله وذكر عصام أنها تقيد الملك به أخذ بعض المشايخ قال رحمه الله (وان وهب دقيقا في بر لا وان طعن وسلم) أي لو وهب الدقيق في الخنطة لا تجوز الهبة ولو طعنه وسلم الدقيق لا تعود صحيحة (وكذا الدخن في السمسم والسمن في اللبن) لان الموهوب معدوم وهذا لو استخرجه الغاصب ملكه والمعدوم ليس يحمل للمالك فلا يمكن عليه بال عقد فوق باطلا فلا يملك إلا بعقد جديد وهذا لان الخنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين أخرى على ما عرف في الغصب بخلاف المشاع لانه يحمل للمالك الا أنه لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز وانما جازت الوصية بها لان الوصية بالمعدوم جائزة واللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والخنخل في الارض والتمر في الخنخل بمنزلة المشاع لانها موجودة وامتناع استلوازال اتصال وذلك يعود الى امتناع القبض كالشائع فاذا فصلها وسلم جاز لزال المانع كافي هبة الدين بخلاف ما لو وهب الخنخل وسماه بعد الولادة حيث لا يجوز لان في وجوده احتمالا لفصل كالمعدوم والدار التي فيها المتاع والجو التي الذي فيه الدقيق كالمشاع لان الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو زرع وسلم صح ويعتبر الاذن بالقبض بعد الفراغ ولا يعتد بالاذن قبله كما لا يعتد بالتسليم قبله ولو وهب المتاع الذي في الدار وسلمها معه أو الدقيق في الجو التي وسلم الدقيق مع الجو التي جاز لان الموهوب ليس مشغول وانما هو شاغل للملك الواهب وذلك لا يوجب يد الواهب على الموهوب غاية ما في الباب أن يد الواهب قائمة في الظرف وهو آلة للحفاظ فيكون تبهنا ثبوت اليد في التبعية لا توجب قيامه في الاصل وتطير ما لو وهب الجارية وعليها حلي دونه صح وبالعكس لا يصح الا اذا زعمه وسلمه لانه مشغول لان الجارية هي المستعملة له فكان تبعها كالجو التي قال رحمه الله (وملك بلا قبض جديد لو في يد الموهوب له) يعني لو كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له

الموهوب له جاز وكذلك اذا وهب دارا فيها طعام لا وهب أو ثرة معاقبة في خنخل أو زراعا في أرض فاخرج الطعام من الدار وجد الثرة من الخنخل وحصد الزرع ثم سلم ذلك محورا مفرزا جاز ذلك ينظر في ذلك الى حال القبض دون حال العقد الى هنا لفظ الكرخي وذلك أن هبة المشاع انما فسدت أو لم تتم على ما هو الصحيح لمعنى الاشاعة فقد زال ذلك بعد القسمة والتسليم والدليل على ذلك حديث أبي بكر رضى الله عنه أنه فعل عائشة رضى الله عنها اجداد عشرين وسقوا وبيين أنها الوارثة وقبضته جاز فالأول أن العقد في المشاع وقع صحها مملوكة بالخيارة والقبض اه (قوله لانها موجودة) فان قيل ان استقام هذا في الصوف لا يستقيم في اللبن لان وجوده على خطر قد يكون الانتفاخ بسبب الريح أو بسبب الدم أو بسبب اللبن فقد وقع الشك في وجود اللبن وفي وجود المالكة ومع هذا جازت الهبة استقامتا متى أمره بالقبض فالجواب عنه أن الانتفاخ لا يمح

شتمل ولبن شتمل فاستوى الوجود مع العدم ثم خرج جانب الوجود لان امكان التصرف في الحال في وسعهما ملكها بخلاف الولدان الوجود والعدم استويا في الولد ولم يخرج جانب الوجود لان التصرف غير ممكن واذا لم يخرج الوجود لم تثبت الملكية ولم يكن ثابتا من الاصل بالشك اه اتقاني (قوله في المتين وملك بلا قبض جديد لو في يد الموهوب له) أقول محله ما اذا وجد القبول من

الموهوب له كإذ كره الكرخي في مختصره والامام محمد رحمه الله في الاصل وعليك برأى جعة الحاشية التي أولها قال الشيخ أبو الحسن فانك تظفر بالمقصود وتغنم بفوائده الموفق اه وهي هذه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا وهب له وديعة في يده أو عارية أو مالهو أمانة في يده وقبل ذلك ملك الهبة وصح قبضه بهذا الكرخي في يده بعد العقد عليها وكذلك ان كانت مضمونة بيده بقيمتها أو بمثلها كان كذلك أيضا وان كانت مضمونة بغيرها مثل الرهن يكون مضمونا بالدين أو بالبيع يكون مضمونا بالثمن فيجب المالك ذلك لمن هو في يده فانه لا يكون قابضا يكون ذلك في يده الا أن يقبضه قبضا بعد عقد الهبة الى هذا لفظ الكرخي والاصل في ذلك أن العين الموهوبة اذا كانت في يد الموهوب له أمانة كالوديعة والعارية ملكها بعد الهبة من غير تجديد قبض استحسانا والقياس أن لا يكون قابضا حتى يتحلى بين نفسه وبينها وجه القياس أن يد المودع يد المودع فكأنه وهب له ما في يده فلا بد فيه من قبض ووجه الاستحسان أن الهبة تقف محتملا على مجرد القبض فلا يلتفت الى قبض بصفة ومجرد القبض موجود عقيب العقد قصمت الهبة ولا يشبه هذا بيع الوديعة ممن هي في يده لان البيع يقتضي قبضا مضمونا وقبض المودع عقيب العقد قبض أمانة فلا بد من تجديد قبض آخر وذلك لا يكون الا بالتخليص بينه وبين الوديعة وأما اذا كانت العين في يد الموهوب له مضمونة فهو على وجهين ان كانت مضمونة بمثلها أو بقيمتها كالعين المقبوضة والمقبوضة على وجه السوم فانه يملكه بالعقد ولا يحتاج الى تجديد قبض وذلك لان القبض الذي تقتضيه الهبة قد وجد وزيادة وهو الضمان وذلك الضمان تصح البراءة منه ألا ترى أنه لو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز وسقط فصارت الهبة براءة من الضمان فبقى قبض من غير ضمان فتصح الهبة وان كانت العين مضمونة بغيرها كالبيع المضمون بالثمن وكالرهن (٩٥) المضمون بالدين فلا بد من قبض مستأنف بعد عقد الهبة وهو أن

يرجع الى الموضع الذي فيه العين ويعضى وقت يمكن فيه من قبضها وذلك لان العين وان كانت في يده مضمونة الا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم تكن الهبة براءة واذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن بد من تجديد قبض آخر كذا في شرح الاقطع وقال محمد في الاصل

ملكها الموهوب له بمجرد العقد وان لم يجد فيه قبضا لان القبض ثابت فيها وهو الشرط سواء كانت في يده أمانة أو مضمونة لان قبض الامانة ينوب عن مثله لا عن المضمون والمضمون ينوب عنهم ما والاصل فيه أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر لا تحتاجهما جنسا واذا اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف دون العكس لان في الاقوى مثل الادنى وزيادة وليس في الادنى ما في الاقوى فلا ينوب عنه وهذا اذا كان الموهوب في يده مضمونا كالغصب والمرهون والمقبوض على سوم الشراء لا اشكال فيه لان المقبوض في يده حقيقة وحكم فبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة وكذا اذا كان في يده عارية أو اجارة لانه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه وأما اذا كانت في يده بطريق الوديعة فشكل لان يده يده المالك لانه نائب عنه في الحفظ وقبضه لاجل المالك فكيف ينوب هذا القبض عن قبض الهبة بل ينبغي أن يكون هذا كالموهوب وهو في يد الواهب لكن للمودع يد حقيقة فباعه بارها نزل قابضا لاننا أقنا يده مقام يد المالك حكما مادام عامل له وبعد الهبة ليس بعامل له فتعتبر الحقيقة قال رحمه الله (وهبة الاب لطفله تتم بالعقد) لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه فيشترط قبضه ولا فرق في ذلك بين ما اذا كان في يده أو في يده مودعه لان يد المودع كيد المالك بخلاف ما اذا كان في يد الغاصب أو في يد المرتن أو في يد المستأجر

أرأيت رجلا استودع أياه عبدا أو ثوبا أو متاعا أو دارا أو دابة ثم قال صاحب المتاع والمدايق والعبد قد وهبت لك الذي استودع منك وهو في يد المودع أيجوز ذلك قال نعم اذا قبلت قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه قد شرط القبول هنا وذ كر فيما اذا وهب عبد الاخيه ثم قبضه في المجلس أو بعد المجلس وكان أمره بالقبض نصا أنه يصح ولم يشترط القبول في ذلك وانما كان كذلك لان في تلك المسئلة العبد ليس في يد الموهوب له حالة الهبة واذا لم يكن العبد في يد الموهوب له كان الموهوب له محتاجا الى احدث قبض حتى تلك الهبة فتى أقدم على القبض كان ذلك إقدا ما على القبول ورضامنه بوقوع الملك له فلكه وان لم يوجد القبول منه نصا بعد ايجاب الواهب يتبع الملك في الهبة بغير رضاه لانه لا حاجة الى القبض ولا يجوز أن يقع الملك للموهوب له بغير رضاه لما فيه من توهم الضرر وذ كر شيخ الاسلام خواهر زاده أيضا في مبسوطه قال وان كان المودع له ساكنا في دار باجر أو عارية قال نعم هذا جائز لان قبض الوديعة ينوب عن قبض الهبة فلان ينوب قبض الاجارة وفي قبض الاجارة زيادة ضمان ليس في قبض الوديعة أولى اه اتقاني (قوله لان المقبوض) كذا هو بخط الشارح والاولى أن يقال لان الموهوب اه (قوله أو في يد المرتن) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي رجل رهن عبده من رجل وسلمه اليه ثم وهبه من ابنه الصغير لم يجز لان القبض شرط لتمام الهبة وقد ثبت حقيقة وتقدرا لا نأجلنا يد الاب فيما به لانه الصغير غير ملزم بالدين اذا كانت قاعة وهذه اليد للمرتن لا للرهن فتعذر جعلها للدين فاعدم قبضها الذي هو منهم للهبة فقلنا بالفساد وكذلك لو كان العبد الموهوب غصبا في يد رجل أو مقبوضا لرجل بحكم شراء فاسد لانه يعدم اليد الواهب فتعذر يد الصغير نفسه برا اه اتقاني وكتب ما نصه قال ابن عبد البر أجمع الفقهاء على أن هبة الاب لابنه الصغير لا تحتاج الى قبض جليدا ما هل يحتاج الى القبول

قال الشافعي والقاضي الخبلي لا بد أن (٩٦) يقول بعد قوله وهبته له قبضته وظاهر مذهب حماد لا يحتاج إلى هذا كقولنا وقال مالك

لو وهبه ما لا يعرف بعينه كالائتمان لم يتم إلا أن يضعها على يد غيره ويشهد عليه وعند القاضي لا فرق بين الائتمان وغيرها قاله الكاكي اه وفي المبسوط وهب لابنه شيئا معلوما في يده جاز ذلك وقبض الاب يكفي بالقبول الاب والشهادة عليه لا احتياط والتحرز عن جود سائر الورثة بعد موته أو بعد ادراكه وفي الذخيرة تصح لهبة من غير قبول الاب اذ كل عقد يتولاه الواحد يكفي فيه الايجاب كبيع الاب ماله لابنه الصغير اه وكتب ما نصه في الذخيرة ارسل غلامه في حاجة ثم بعد ارسال وهبه من ولده تحت اذ بعد ارسال هو في يده مولا حكاه في لم يرجع العبد حتى مات الاب فالعبد الولد ولا يصير ميراثا وكذا لو وهب عبدا ابقاه من ابنة الصغير فادام مترددا الى دار الاسلام تجوز الهبة والاب قابض له بنفس الهبة اه (قوله وملكها الابن بمجرد قوله وهبتها) فيه تنبيه على أنه لا يحتاج الى القبول اه **فرع** قال في فتاوى القاضي ظهير الدين ولو اتخذ لولده الصغير ثيابا ثم أراد أن يدفع الى ولد آخر ليس له ذلك إلا أن بين وقت الاتخاذ أنه عارية له لان المعتبر في الباب التعارف وفي التعارف يراد

حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد منهم قابض لنفسه وعامل لنفسه ولو وهب من ابنة الصغير دارا والاب ساكنها ومتاعه فيها جازت الهبة وملكها الاب بمجرد قوله وهبتها له لانها في يده وسكنها ومتاعه فيها لا ينافي يده بل يقرر هاتسكون هي في قبضه وهو الشرط ولو كان يسكنها غيره بأجر لا يجوز لما ذكرنا وان كان بغير أجر جازت الهبة وملكها الاب بمجرد العقد ذكره محمد في المنتقى وكذا لو وهبته أمه وهو في يده والاب ميت وليس له وصي وكذا كل من يعوله لان التصرف نفع محض وان في يده ضرب ولاية حتى كان له تأديبه وتسليمه في صناعة فملك التصرف النافع فينفرد بتملكه ويملكه الصغير بمجرد الهبة اذا كان في يد الوهاب كما في الاب والصدقة في هذا كله كالهبة قال رحمه الله (وان وهب له أجنبي يتم قبض عليه) لان المولى ولاية التصرف في ماله وقبض الهبة من التصرف في المال ولا يشترط أن يكون الصبي في حجره لثبوت ولاية عليه مطلقا لان المراد بالمولى هو الاب ووصيه والجد ووصيه بخلاف غيرهم من الاقارب والاجانب حيث لا يكون لهم ولاية القبض الا اذا كان في حجره وليس له أب على ما بين قال رحمه الله (وأتمه وأجنبي لو في حجرهما) أي يتم قبض أمه وبقيض أجنبي اذا كان في حجرهما لما ذكرنا أن ابن هو في يده ولاية التصرف النافع له وتحصيل المال من أوفر المنافع فكان لهم ذلك لثبوت يدهم عليه حتى لا يكون لغيرهم أن ينزعهم من أيديهم فكانوا أحق بحفظه وتحصيل المال له من ضرورات حفظه لانه لا يبقى عادة الأبقوت وملبوس فقاموا في هذا مقام المولى عند عدم المولى لكونه نفعها محضا قال رحمه الله (وبقبضه إن عقل) أي يتم قبض الصبي نفسه ان كان همزا يعقل التحصيل لانه في التصرف النافع الذي لا يحتمل غيره الحق بالمبالغ العاقل استحسننا والقياس أن لا يجوز لانه لا معتبر بعقله قبل البلوغ ولهذا يجوز قبض غيره له حتى الاجنبي اذا كان في عياله ولو اعتبر بعقله وجعل له ولاية التصرف لما نفذ عليه تصرف غيره ولا كان له حاجة اليه وجه الاستحسان أنه انما لا يعتبر بعقله لدفع الضرر عنه لان الظاهر انه لا يتم به نظره في عواقب أموره لعدم اعتدال عقله فاذا كان التصرف نافعا محضا تعين النظر في نفوذه فينفذ نظر الله لان الرد في الضار لاجله والتوقف في المترددين النفع والضرر لاجله حتى يحجزه المولى ان رأى فيه مصلحة فكذا وجب أن ينفذ تصرفه النافع نظره وجاز تصرف المولى أو الاجنبي عليه في هذه الحالة نظره أيضا حتى ينفذ له سبب تحصيل النفع بطريقين وليس من الحكمة أن تثبت عليه الولاية لغيره نظره ثم رد عنه مثل هذا النفع المحض ولان الفقه مع أنه من أهله بالتمييز والاختيار قال رحمه الله (ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب لها بعد الزفاف) لان الاب أقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه لاب أيضا صح لان الولاية له وانما ملكه الزوج من جهته بتملكه ولهذا ملكه والاب حاضر بخلاف الام والاجنبي حيث لا يملكه الاب بعد موته أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرفهم كان للضرورة لا بقبض الاب ولا ضرورة مع حضوره وتملكه هي أيضا ان كانت عمرة لما بينا واشترط الزفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف ولا يشترط أن تكون ممن يجامع مثلها في الصحيح قال رحمه الله (ولو وهب اثنان دارا لواحد صح) لانهم ماسلمها له جملة وهو قبضها منهم ما كذلك فلا شيموع قال رحمه الله (لا عكسه) أي لا يجوز عكسه وهو أن يهب واحدا من اثنين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز ذلك لان هذه هبة الجملة منهم ما اذا التملك واحد فلا يتحقق فيه الشيموع فصار كما اذا رهن من رجلين بل أولى لان تأثير الشيموع في الرهن أقوى منه في الهبة حتى امتنع رهن المشاع فيما لا ينقسم أيضا بخلاف الهبة ولان الشيموع لم يوجد الا من أحد الطرفين فلا يفسد اذ ليس فيه الزام المتبرع مؤنة القسمة فصارت كالمسئلة الاولى وله أنه هبة النصف من كل واحد منهم ما ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم فقبل أحدهما جاز ولو لا أنه تملك لكل واحد منهم ما على حد لما جاز في تصرف قبض كل واحد منهم ما الى نصيبه فقط وهو شائع فيكون القبض ناقصا على ما ذكرنا في هبة نصيبه لشريكه أو موهبا وما اذ قبض الشائع لا يتصور فلا يجوز ولا يعتبر جانب التسليم لان القبض الناقص هو المانع على ما بينا دون

التسليم بخلاف الرهن لان حكمه الحبس الدائم وقد ثبت لكل واحد منهما كمال فلا شيرع فيه ألا ترى
 أنه لو قضى دين أحدهما بقي كله في يده الآخر ولا كذلك الهبة لانه لم يحصل له الملك الا في النصف فكان
 شائعا ضرورة وقوله ليس فيه الزام المتبرع مؤنة القسمة قلنا نقصان القبض أيضا مانع فلا تكون العلة
 منه ضرورة فلا يدل عدمها على عدم الحكم على ما عرف في موضعه ألا ترى أن رجلين لو وهب لرجل
 على أن نصيب أحدهما لآخرهما ما بعينه ونصيب الآخر لا يخرج بالاجماع وليس على الواهبين
 مؤنة القسمة ولا يلزمه جواز اجارة الدار من رجلين لان المانع فيها عدم التمسك من الانتفاع بالرد الى
 صاحبها في مدة الاجارة بحكم المهايأة ولم يوجد هذا المعنى اذا أجراها من رجلين ألا ترى أنه يجوز أن يوجرها
 من شريكهما عدم هذا المعنى ولا يجوز الهبة من شريكهما كذا كرنا قال رحمه الله (وصح تصدق عشرة
 وهبتهما الفقيرين لا لغنيين) أي لو تصدق بعشرة دراهم على فقيرين أو وهبهما لهما جاز ولا يجوز التصديق بها
 على غنيين ولا هبتهما لهما وهذا رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر حيث جعل
 الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة والاتصال بينهما أن كل واحد منهما مأكلا بلا عوض
 فجازت الاستعارة وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم حتى أجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة لهما
 والفرق أن الصدقة يتفق بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فتكون عليك
 من اثنين فلا يجوز ولهذا الواسي بثلاث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله تعالى وهو معلوم
 ولو أوصى به لأغنياء غير معينين لا يجوز وفي الاصل سوى بينهم ما قال عقيب ذكره الهبة وكذلك الصدقة
 لان كل واحد منهما يتوقف على القبض والشيوع يمنع القبض فوجب أن يمنع في البابين اذا فرق بينهما
 فكان في المسئلة روايتان وقال الحاسك محتمل أن يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة الصدقة على
 الغنيين فيكون مجازا عن الهبة على ما بينا فعلى هذا ليس في المسئلة اختلاف الروايتين وقال في النهاية
 والظاهر أن في المسئلة روايتين وهذا كله على قول أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فالهبة من شخصين
 جائزة على ما بينا فالصدقة أولى فلا يتأتى الفرق بينهما وقد ذكرنا الوجه من الجانبين فلا نعيده ولو وهب
 رجل لرجلين دارا لأحدهما ثلثها والآخر الثلث لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وان قبضه وقال
 محمد يجوز اذا قبضه فأبو حنيفة ومحمد كل واحد منهما على أصله لان هذا هبة من رجلين فلا فرق بين
 أن ينص على نصيب كل واحد منهما أو لم ينص وأبو يوسف فرق بينهما فقال النص على البعض الشائع
 يدل على أن قصده ثبوت الملك في البعض الشائع فلا يجوز ألا ترى أنه لو رعن عبدا عند اثنين ونص لكل
 واحد منهما ما على البعض لا يجوز الرهن فكذا الهبة ولو قال لأحدهما نصفه وللآخر نصفه فكذلك
 عندهما ما بينا وعن أبي يوسف روايتان في رواية لا يجوز لكذا كرنا وفي رواية يجوز لانه نص على ما يقتضيه
 مطلق العقد لان مطلقه يقتضي التخصيص فأمكن تصحيحه بأن يجعل مجازا عن الموجب فيجعل مجازا عن
 موجب العقد فلا يفسد بخلاف ما اذا نص على التفاوت لان مطلق العقد لا يقتضيه فلا يمكن جعله
 مجازا عن موجب فيقتضي شيوعا في العقد ضرورة وقيل انما يجوز أبو يوسف رحمه الله فيما اذا أجل
 الهبة لهما أولا ثم فصل على التخصيص بأن قال وهبت لك هذه الدار نصفها وهذا ونصفها هذا لان
 التخصيص لم يخالف موجب الاجال فيكون اغوا وأما اذا فصل ابتداء من غير اجال بأن قال وهبت نصف
 هذه الدار لهذا والنصف الآخر لهذا لا يجوز لانه هبة المشاع وفيما اذا جعل نصيبهما متفاوتا لا يجوز مطلقا
 لان تفصيله يكون مغيرا ان تعدل الاجال فيعترف بكونه مبطالا للهبة وان لم تقدمه اجال يكون هبة
 المشاع ابتداء فيبطل وهذا التفصيل هو الارجح والظاهر عن أبي يوسف رحمه الله والله أعلم بالصواب

باب الرجوع في الهبة

قال رحمه الله (صح الرجوع فيها) يعني اذا وهب لشخص هبة وقبضها وليس فيه مانع الرجوع من زيادة

(قوله ولا يلزمه جواز اجارة)
 الذي بخط الشارح ولا يلزمه
 جواز اجارة (قوله ولو قال)
 أي في الهبة اه (قوله وفيما
 اذا جعل نصيبهما متفاوتا)
 أي كالثلث والثلثين

باب الرجوع في الهبة

قد بينا في أول كتاب الهبة
 أن حكم الهبة وقوع الملك
 للوهاب له ملكا غير لازم
 وفائدته صحة الرجوع وهذا
 باب مواضع الرجوع وما يمنع
 منه اه اتقاني (قوله وليس
 فيه مانع الرجوع من زيادة)
 أي زيادة متصلا لا منفصلا
 اه

(٩٨) قوله جاز الرجوع في الهبة وقد انعقوا أنه اذا وهب له وجهه أو لغيره ليس له حق الرجوع كذا في الطريقة البرهانية اه

اتقاني (قوله) ولنا قوله عليه
الصلاة والسلام الواهب
أحق بهبته ما لم يشب منها (فيه
نظر) لأنه من كلام علي لا من
كلام النبي صلى الله عليه
وسلم وقد مر ذكره اه اتقاني
(قوله في المتن ومنع الرجوع
دمع خرقه) قال شيخ الاسلام
المعروف بخواهر زاده في
مبسوطه الموانع من الرجوع
تسعة القرابة المحرمة للنكاح
والزوجية وقت العقد
والزيادة المتصلة وموت
الواهب وموت الموهوب له
وهلاك الشيء الموهوب
وخروجه من ملك الموهوب
له وحصول العوض والتغير
من جنس الى جنس اه اتقاني
قوله والتغير من جنس الى
جنس قال الاتقاني وأما
التغير من جنس الى جنس
فمانع من الرجوع أيضا لان
هنا التغير يمنع حقيقة
الملك اذا وجد من الخاص
فلا تنقطع حق التملك
بالطريق الاولى اه (قوله
والخياطة والصبغ ونحو
ذلك) وان قطعه ولم يخطه
كان له أن يرجع فيه لان
القطع يوجب نقصا في
الثوب والنقصان لا يمنع
الرجوع وقال أيضا في
الكافي رجل وهب لرجل
أرضا فبني الموهوب له فيها
بناء ثم أراد الواهب الرجوع
فخاصمه الى القاضي فقال له

وموت أحدهما وعوض وخروج من الملك وزوجية وقرابة محترمة للنكاح وهلاك الموهوب جاز الرجوع
في الهبة وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الرجوع فيها الا في الولد لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع
الواهب في هبته الا الولد فيما يهب لولده ولأنه عقد عتيق فوجب أن يلزم كالبيع ولأن الرجوع يضاد
مقتضى العقد والعقد لا يقتضي ضده وانما ثبت جواز الرجوع في الولد لان اخراجه عن ملكه لم يتم لان
الولد كسبه أو بعثه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها أي لم يعوض والمراد
به بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله وإضافتها اليه باعتبار ما كان كما يقال أكلنا خبز فلان وان
كان الآكل قد اشتراه ولان المقصود من الهبة العوض ولهذا يقال الا يادی قروض وتأيد ذلك أيضا
بالشرع قال عليه الصلاة والسلام ثم ادوا تحابوا والتناعل يتتضي الفعل من الجانبين فكان له الرجوع
اذا لم يحصل مقصوده كالشترى اذا وجد بالمبيع عيبا يرجع بالثمن لقوات مقصوده وهو صفة السلامة
في المبيع والمراد بما روي عدم الانفراد بالرجوع الا الولد فإنه ينفرد به فيكون له أخذه من غير رضا ولا
قضاء عند الحاجة اليه كافي سائر أمه واليه على ما قال عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لبيك ان أطيب
ما أكرم من كسبككم وان أولادكم من كسبككم فكلوه هنيئا رواه أحمد وأبو داود على أن لا نسلم أن الحديث
الذي رواه ينافي الرجوع لانه خبر عن قبضه فعنه أنه لا يليق له أن يرجع فيه الا الولد فيما يهب لولده ونظيره
قوله عليه الصلاة والسلام المؤمن لا يکذب وقوله عليه الصلاة والسلام الزاني لا يزني وهو مؤمن أي
لا يليق له أن يکذب أو يزني وهو مؤمن لأنه ينافي صفته الايمان إن فعله بل هو قبيح ومع الايمان أفجع
فكذا هذا قبيح كما قال عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبضه وقال عليه الصلاة والسلام
العائد في هبته كالکلب يقی ثم يعود وفضل الکلب لا يوصف بالحرمه وانما يوصف بالقبح قال رحمه الله
(ومنع الرجوع دمع خرقه) يعني الموانع الرجوع في الهبة أشياء يحرمها هذه الحروف على ما بينها
أخذها هو من بيت شعر قيل فيه وهو قوله

ومانع عن الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف دمع خرقه

قال رحمه الله (فالدال الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن) لان الرجوع لا يصح الا في الموهوب
والزيادة ليست بموهوبة فلا رجوع فيها والفصل متعذر ليرجع في الاصل دون الزيادة فانه متنع أم لا
وبطل حق الواهب لان له حق التملك في الاصل دون الزيادة وحق الموهوب له حقيقة الملك فيهما فمافكان
مراعاة أولى عند تعذر الفصل ولا يمكن ايجاب الضمان عليه أيضا لان حق التملك لا يجوز أخذ العوض
عنه فبطل أصلا أطلق البناء والغرس ومراعاة اذا كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجب
لا ينقطع الرجوع وان كان يوجب في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لا يعتد بمثل زيادة قيمتها كلها
امتنع في تلك القطعة دون غيرها وقوله المتصلة يحترز من المتصلة كالولد والارث والعقر فانه يرجع في
الاصل دون الزيادة لا مكان الفصل بخلاف الرد بالعيب حيث يمنع زيادة الولد لانه عقد معاوضة فلوردة
الاصل دون الزيادة يؤدي الى الربا بالسلامة الولد مجانا ورد الولد معها لا يمكن لان العقد لم يرد عليه فبطل
أصلا ويرجع بالنقصان وذكر في المنتقى لا يرجع في الجارية الموهوبة اذا ولدت حتى يستغنى ولدها فلور
جبلت ولم تلد فالواهب الرجوع فيها لانه نقصان والمراد بالزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب
بشيء يوجب زيادة في القيمة كافي المذكور في المختصر وكالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد
من حيث السعر فله الرجوع لانه لازيادة في العين فلا يتضمن الرجوع ابطال حق الموهوب له وهو المانع
وكذا اذا زاد في نفسه من غير أن يزيد في القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب لانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع
الرجوع ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل ذكر في المنتقى أنه عند

القاضي ليس لك أن ترجع فيما هدمها الموهوب له كان للواهب أن يرجع فيها قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي أبي
يريد به أن قول القاضي لم يقع قضاء حتى لا ينقض وانما وقع تقوى بناء على مانع فاذا زال المانع تغير الحكم اه اتقاني

(قوله ويرى الخلاف بالعكس) قال في المتنقطات رجل وهب لانسان جارية فعلمها الموهوب له القرآن أو الكتابة أو المشط ليس للواهب أن يرجع فيها وهو المختار لانها زادت اه (قوله ولو اختلفا في الزيادة) أي في زيادة غير ماصلة بصنع العبد كالمسكن أما لو اختلفا في البناء فالقول للموهوب له اتفاقا اه كذا في شرح المجمع اه (قوله لانه ينكر لزوم العقد) وعند زفر القول للموهوب له لانه ينكر حق الواهب في الرجوع اه كما في رجه الله ولو قال الموهوب له بنيت أو صيغت الثوب وأنكر الواهب فالقول للموهوب له اتفاقا اه من مخط قارئ الهداية رجه الله (قوله ولهذا يجوز الخ) سيأتي هذا الفرع (٩٩) أيضا في الصفحة الآتية من الشرح اه

(قوله وجواب ما قلنا) أي وهو أن المقصود لا يحصل بهذا الواهب لانه يعلم يقينا أنه يهبته ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم لان ذلك كان سالما له فسلم أن قصد العوض الآخر اه من مخط قارئ الهداية (قوله ثم الاجنبى هنا لا يرجع على الموهوب له) أي الآن يضمن له الموهوب له صريحا اه (قوله وان كان بأمره) قال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية ولا يرجع على الموهوب له الا اذا قال عوض عني على أنى ضامن اه اتفاقا (قوله لا يرجع على الموهوب له الخ) لانه يخبر بين أن يعوضه وبين أن يرد الهبة عليه فصار كالأمر بالتبرع على انسان فتبرع لم يكن له حق الرجوع عليه كذلك ههنا اه اتفاقا (قوله بخلاف قضاء الدين) قال ما اذا أمره بقضاء الدين لان قضاء الدين واجب عليه فاذا خلاصه عن هذه العهدة بأمره بنيت له حق الرجوع

أبي حنيفة ومحمد رجهما الله ينقطع الرجوع وعند أبي يوسف رجه الله لا ينقطع لان الزيادة لم تحصل في العين فصار كزيادة السهر ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له في الكراة وموثة النقل فبطل بخلاف نفقة العبد لانه يبدل وهو المنفعة والموثة بلا بدل ولو وهب عبدا كافرا فأسلم في يده الموهوب له أو عبدا احلال الدم فمعاولي الحنابلة في يده الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجنابة خطأ ففسده الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفداء ولو علم الموهوب له العبد الموهوب له القرآن أو الكتابة أو الصنعة لم يمنع الرجوع لان هذه ليست بزيادة في العين فاشبهت الزيادة في السهر وفيه خلاف زفر رجه الله ويرى الخلاف بالعكس ولو وهب وصيفا صغيرا فشب عند الموهوب له وشاخ حتى صارت قيمته أقل من قيمته وقت الهبة ليس له أن يرجع فيه لانه حين شب وازدادت قيمته سقط الرجوع فلا يعود بعد ذلك بالنقصان ولو اختلفا في الزيادة كان القول للواهب لانه ينكر لزوم العقد قال رجه الله (والميم موت أحد المتعاقدين) لان موت الموهوب له ينقل الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما اذا انتقل اليهم في حال حياته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار كمين أخرى فلا يكون له فيما سبيل وموت الواهب يبطل خياره لانه وصف له وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط على ما بيناه في البيوع أو هو محذور حق وهو أيضا لا يورث بخلاف خيار العيب وخيار التعيين على ما عرف في موضعه ولان الشارع أو جبه للواهب والوارث ليس بواهب قال رجه الله (والعين العوض فان قال خذته عوض هبتك أو بدلا أو بمقابلتها فبعضه الواهب سقط الرجوع) لساوينا ولان ثبوت الرجوع في الهبة لخلل في مقصوده وقد زال انخلل فصار كما اذا وجد المشترى عيبا في المبيع ثم زال ولا بد من ذكر الموهوب له أن المدفوع عوض عن الهبة بأن يقول خذته هذا بدلا عما أو بمقابلتها أو جزاء عما أو ثوابا أو نحو ذلك مما ينبي أنه عوض عنه لان حق الرجوع ثابت له ولا يسقط الا بعوض يرضى به وهو لا يتم ذلك بدون رضاه ويشترط في العوض شرائط الهبة من القبض والافراز لانه ليس بعوض حقيقة وانما هو تسليم مبتدأ ولهذا يجوز بأقل من الموهوب من جنسه في المقدرات وشرط العوض أن لا يكون بعض الموهوب حتى لو عوضه بعض الموهوب عن البعض الباقي لم يجوز لان حقه كان ثابتا في الكل فاذا وصل اليه بعضه لا يسقط حقه في الباقي وفيه خلاف زفر هو يقول ان الموهوب له ملك بالقبض فالتحق بسائر أملاكه وجواب ما قلنا ولو وهب للواهب شيئا ولم يذكر أنه عوض عنها كان هبة مبتدأ فلكل واحد منهما أن يرجع في هبته قال رجه الله (وصح من أجنبي) أي يجوز العوض من الأجنبي لان الموهوب له لا يحصل له بهذا العوض شيء لم يكن سالما له من قبل فيصح من الأجنبي كما يصح منه كالتلعب والبيع عن دم العبد بخلاف ما اذا كان فيه دخول ملك حيث لا يجوز من الأجنبي على ما بينا في الصلح ثم الاجنبى هنا لا يرجع على الموهوب له وان كان بأمره لانه لم يودعنه شيئا واجبا عليه لان العوض ليس بواجب على الموهوب له بخلاف قضاء الدين حيث يرجع الأجنبي على المدين اذا قضى بأمره لان الدين ثابت في ذمته

والفقه فيه أنه لما أمره بقضاء الدين صار مستترضا ذلك النذر وهو كالأمر بالصرف الى غيره لا نال لم يجعل كذلك لم يفرغ ذمته مما عليه لان الذمة لا تفرغ الا بالقضاء ولا يقع الفعل قضاء اذا انتقل في المؤدى الى من عليه الدين أو لا حتى اذا قبض رب الدين وجب للدين عليه مثل ماله عليه فيلتصيان قصاصا وهذا لا يحتاج اليه في الهبة لانه لا دين على الموهوب له حتى يحتاج الى فراغ ذمته بتقدير الاستقراض فافتقر قاضيا هذا الوجه اه (فرع) اعلم أن الاستحقة ائمان وقع على الهبة أو على العوض وكل وجه على وجهين إما أن وقع على الجميع أو على النصف فان استحق جميع العوض كان للواهب أن يرجع فيما وهب لان الهبة ثبتت بلا عوض فصار

كان لم يكن عوضه أصلاً وان استحق جميع الهبة كان للموهوب له أن يرجع بجميع العوض لعدم سلامة مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه في الهبة هذا اذا كان يبدل المستحق قائماً فاما اذا كان هالكاً فترق الجواب بين استحقاق العوض والهبة فان استحق العوض والهبة هالك لا يرجع الموهوب له (١٠٥) أصلاً لان هلاك الهبة مانع من الرجوع وان استحق الهبة والعوض هالك

يرجع على الواهب بقيمة العوض ان لم يكن له مثل وعمله ان كان له مثل لانه لم يسلم له مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه في الهبة لانه قال حين عوضه هذا عوض هبتك أو بدل هبتك فصار كالواهب اذا نص على العوض حالة الهبة الى هذا أشار شيخ الاسلام خواهر زاده وفي تقريره بسط فاما اذا استحق النصف من أحدهما فان استحق نصف الهبة كان للموهوب له أن يرجع على الواهب بنصف العوض لانه لم يسلم له مقصوده من العوض في هذا القدر وهذا باتفاق أصحابنا فاما اذا استحق نصف العوض من يد الواهب ففيه اختلاف قال علماءنا الثلاثة الواهب بالخيار ان شاء رد ما بقي من العوض ورجع بجميع الهبة وان شاء أمسك ما بقي ولم يكن له أن يرجع على الموهوب له بشئ وقال زفر يرجع على الموهوب له بنصف الهبة ويمسك ما بقي من العوض اه اتقاني وكتب ما نصه وفي الاسرار بخلاف ما اذا كان العوض مشروطاً في العقد لانها تتم بيها ومبادلة

وقد أمره أن يسقط مطالبته عنه فيكون أمراً بأن يملكه ما كان للطالب وهو الدين فصار كالأمره أن يملكه عينا قال رحمه الله (وان استحق نصف الهبة يرجع بنصف العوض) لانه لم يدفع اليه الا يسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه يرجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات قال رحمه الله (وبعبارة اخرى رد ما بقي) أي اذا استحق بعبارة وهو ما اذا استحق نصف العوض لا يرجع بشئ حتى رد ما بقي من العوض وقال زفر رحمه الله يرجع بنصف الهبة لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فكما يرجع الموهوب له بنصف العوض عند استحقاق نصف الهبة فكذا يرجع الواهب أيضاً بنصف الهبة عند استحقاق نصف العوض لانه حكم المعاوضة اذ هو يقتضي المساواة ولنا ان العوض ليس يبدل عنه حقيقة بدليل أنه يجوز أن يعوضه أقل من نفسه في المقدرات ولو كان معاوضة لما جاز الربا بحقيقة أن الموهوب له مال للهبة والانسان لا يعطى بدل ملكه لغيره وانما أعطاه يسقط حقه في الرجوع وما بقي يصلح لاسقاط الرجوع ولهذا الوعد عوضه هذا القدر من الابتداء يسقط به حقه في الرجوع الا أنه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض له فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رد ما بقي من العوض وان شاء رد الباقي عليه ورجع في الهبة كانه أعطاه هذا القدر في هذه الحالة ولان للعوض شئين يشبه ابتداء الهبة من حيث ان الموهوب له متبرع فيه باختياره ويشبه المبادلة من حيث انه ملكه بمقابلة الهبة فوفرنا عليه حظاً منهما فحملناه كالمعاوضات عند استحقاق كله حتى يرجع بالهبة أو بعضه حتى يثبت له الخيار وجعلناه كالهبة حتى لا يرجع ببعض من غير رد الباقي عند استحقاق بعضه قال رحمه الله (ولو عوض النصف رجع بماله يعوض) يعني اذا عوضه عن نصف الموهوب كان له أن يرجع في النصف الاخر لان حقه في الرجوع كان في الكل فاذا عوضه عن بعضه امتنع الرجوع في حقه وبقي حقه في الباقي على ما كان قال رحمه الله (وانما يخرج من ملك الموهوب له ما كان في الاخراج عن ملكه وعليه كغيره حصل بتسليم الواهب فلا يمكن من نقض ما تم من جهته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها ولو وهب لكتاب غير هبة ثم عجز الم كاتب لم يرجع الواهب فيها عند عجزه رحمه الله لان هذه هبة للم كاتب حقيقة ولهذا كان القبول اليه وثبت له الملك فيها فيقتصر في تصرفه في الملك وبالعجز انتقلت الى مولاه فصار كانه قالها الى أجنبي فبطل حق الرجوع وعند أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع فيها لان الهبة وقعت للم كاتب من وجه ولمولاه من وجه فبالعقد تصير ملكاً له من كل وجه وبالعجز تصير ملكاً لمولاه من كل وجه ثم اذا عتق كان له أن يرجع فيها فكذا اذا عجز وكان اعتبار هذا الجانب أولى في المسئلة من اعتبار الجانب الآخر كيلا يلزم بالشك قال رحمه الله (ويبيع نصفها رجوع في النصف كعدم بيع شيء) يعني اذا بيع نصف الهبة يرجع في النصف الباقي كان لم يبيع منها شيء فانه اذا لم يبيع منها شيء كان له أن يرجع في النصف ويترك النصف لان له حق الرجوع في الكل فله أن يستوفيه ان شاء وان شاء استوفى نصفه وكذا له أن يترك الكل ان شاء وان شاء ترك النصف فكذا اذا بيع نصفها له أن يأخذ نصفها الباقي لان المانع لم يوجد الا في النصف فيقتدر الامتناع بقدره بل أولى لانه اجاز الرجوع في النصف مع امكان الرجوع في الكل فأولى أن يجوز عند العجز قال رحمه الله (والراي الزوجية فالوهاب ثم نكح رجوع وبالعكس لا) أي

فيوزع البديل على المبدل أما في مسئلتنا فالسقوط حكم والعوض علة والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزع على العمل وان كثرت لو فلا يبطل شيء من الحكم بذهاب ما يصلح علة اذا بقي ما يصلح علة وبخلاف ما اذا استحق بعض الهبة لان المعوض ما ملكه العوض الاجزاء فيعتبر حكمه المقابل في حقه أما الواهب فملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء فلم يعتبره في المقابل وهذا جواب قياس زفر رحمه الله تعالى اه كافي (قوله الا أنه) أي الموهوب له اه

(قوله لو وهب لأجنبية ثم تزوجه الخ) قال في الهداية وكذلك ما وهب أحد الزوجين (١٠١) فلا أثر قال الاتقاني أي لا رجوع فيما

وهب أحدهما لصاحبه لما

روى محمد بن الحسن عن

ابراهيم في كتاب الآثار قال

الزوج والمرأة بمنزلة القرابة

أي ما وهب لصاحبه فليس

له أن يرجع فيه اه (قوله

لقوله صلى الله عليه وسلم إذا

كانت الهبة الخ) رواه الحاكم

والدارقطني اه (قوله كالعق

بالمالك) يعني من ملك دارحم

محرم منه عتق عليه وان

كان أحدهما كافرا بخلاف

النفقة حيث لا تثبت لدى

الرحم المحرم إذا كان كافرا

(قوله في المتن وانما يصح

الرجوع) لفظة الرجوع

ليست في خط الشارح وهو

ثابت في المتن اه (قوله في

المتن أو يحكم الحاكم) حتى

واستردّها بغير قضاء ولا رضا

كان غاصبا فلو هلك في يده

بضم قيمته لو وهب له وقال

الشافعي وأحد يجوز الرجوع

بغير قضاء أو رضا لأنه خيار

في فسخ عقد فلا يفتقر إلى

القضاء أو الرضا كالفسخ

بغير الشرط اه كذا

(قوله ولأنه) أي الرجوع

في الهبة اه (قوله مختلف

فيه بين العلماء) أي عندنا

يرجع وعند الشافعي

لا يرجع اه (قوله وفي أصله

وهي) هكذا هو بخط الشارح

رحمته الله وكتب على قوله

وفي أصله وهي مانعة وهاء

هكذا وقع استعمال الفقهاء

ولكنه ليس بصحيح قال

صاحب المغرب الوهاب بالمدح خطا والصواب الوهي والضمير في أصله للرجوع اه اتقاني

لو وهب لأجنبية ثم تزوجه الخ) قال في الهداية وكذلك ما وهب أحد الزوجين (١٠١) فلا أثر قال الاتقاني أي لا رجوع فيما
الرجوع في الهبة الأصل فيه أن الزوجية نظير القرابة حتى يجري التوارث بينهما بلا حاجب وترتبه مادة
كل واحد منهما لا لا خرف فيكون المقصود في هبة كل واحد منهما لا لا آخر الصلة والتوادر دون العوض
كما في القرابة المحرمة وقد حصل فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة لأجنبي لأن المقصود
فيها العوض على ما بينا فكان له الرجوع عند فواته ثم المعتبر في ذلك حالة الهبة فان كانت أجنبية كان
مقصوده العوض فنبت له الرجوع فيها فلا يسقط بالتزوج وان كانت حليلة له كان مقصوده الصلة دون
العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالابانة قال رحمه الله (والقاف القرابة فلو وهب لأجنبي رحمة
محرم منه لا يرجع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام إذا كانت الهبة لأجنبي رحمة محرم لم يرجع فيها ولأن
المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفي الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع فيها سواء كان مسلما أو كافرا
كالعق بالمالك ولو وهب لأخيه أو لأخيه وهو عبد لأجنبي رجوع فيها عند أبي حنيفة رحمه الله
وقال لا يرجع في الأولى وفي الثانية يرجع لأن الملك يقع للمولى فكان المعتبر هو المولى وله أن الهبة
تقع للمولى من وجهه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجهه وهو ملك اليد ألا ترى أنه أحق بهما لم يفضل عن
حاجته فيما عتبار أحد الجانبين يلزم فيهما ما وباعتبار الجانب الآخر لا يلزم فيهما فلا يلزم بالشك ولأن الصلة
قاصرة في حق كل واحد منهما المأذون من المعنى والصلة الكاملة هي المانعة من الرجوع فلا تعدى
إلى القاصرة ولو كانا جميعا ذوى رحم محرم من الوهاب ذكر الكرخي رحمه الله عن محمد رحمه الله أن قياس
قول أبي حنيفة رحمه الله أن يرجع لأنه لم يكن ليكل واحد منهما ماصلة كاملة وقال الهندي وإن ليس له أن
يرجع في قوله هم جميعا لأن الهبة لا يهاو فعت تمنع الرجوع ولو وهب للمكاتب وهو ذور رحم محرم منه
فان عتق لا يرجع لأن الملك استقر له فيكون صلته في حقه من كل وجه باعتبار العقد وحكمه وان عجز
فعند محمد رحمه الله لا يرجع لأن المكاتب كان للمكاتب ثم انتقل إلى المولى عند العجز لما بينا في المكاتب
الأجنبي وانتقال الملك يمنع الرجوع وعند أبي يوسف رحمه الله يرجع لأنه بالعجز يظهر أن حقيقة الملك
وقعت للمولى من وقت الهبة ولو كان المكاتب أجنبيا وهو لاه فريب الوهاب فان عتق المكاتب يرجع
لأن الملك وقع للأجنبي وان عجز فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على اختلافهم فيمن وهب لعبد
أخيه على ما مر قال رحمه الله (والهبة الهلاك) يعني هلاك العين الموهوبة فانه مانع من الرجوع
تعدّره بعد الهلاك اذ هو غير مضمون عليه قال رحمه الله (فلو أدهاه صدق) أي لو أدهى الموهوب له
هلاك الهبة يصدق لأنه منكر لو جرب الرد عليه فأشبه المودع قال رحمه الله (وانما يصح الرجوع بتراضيهما
أو بحكم الحاكم) لأن ملك الموهوب له ثابت في العين فلا يخرج عن ملكه إلا بالرضا أو بالتضام ولأنه
مختلف فيه بين العلماء وفي أصله وهي وفي عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء لأنه لا يمكن أن يكون
غرضه العوض الذي يثبت له حق الرجوع ويحتمل أن يكون غرضه الثواب في الآخرة أو اظهار
الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير فلا بد من الفصل بالقضاء أو الرضا فإلما ينقض
القاضي أو يفسخها بالتراضي ملك الموهوب له ثابت في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير
ذلك ولو كان بعد المرافعة إلى الحاكم وكذا لو منعه وهلك في يده لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا لو هلك بعد
النضاء قبل المنع لأنه وإن التبعض كان غير مضمون عليه فلا يتقلب مضمونا بالاستمرار عليه وان منعه
بعد القضاء ضمن لوجود التعدي منه ثم إذا حصل الرجوع بالنضاء أو بالتراضي يكون فسخا من الأصل
وقال زفر رحمه الله الرجوع بالتراضي عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عاد إليه بتراضيهما
فأشبه الرد بالعيب ولهذا الرد في مرض موته برضا يعتبر من الثلث ولنا أن عقد الهبة انعقد موجبا
حق النسخ للواهب وهو بالفسخ يكون مستوفيا حقا ثابتا له بالعقد لأن العقد وقع غير لازم فإذا رفع
رجوع إليه عين ملكه كالعارية فيكون فسخا في حق الكل فلا يمكن أن يجعل هبة مبتدأة ولهذا لا يشترط

صاحب المغرب الوهاب بالمدح خطا والصواب الوهي والضمير في أصله للرجوع اه اتقاني

(قوله ويصح في الشائع) أي الذي يحتمل القسمة بأن وهب داراً أو نحوها ويرجع في نصفها ولو كان الرجوع هبة ممتدة كما قال زفر ينبغي أن لا يصح وحيث صح علم أنه فسخ كذا في المبسوط اهـ (قوله في المتن لم يرجع على الواهب بما ضمن) قال الاتقاني وهذا إذا لم يعوضه فإذا كانت عوض رجوع بكل العوض إذا استحق جميع الهبة وبفسد المستحق من الهبة إذا استحق البعض اهـ (قوله عملاً بالشبهين) كالأقالة لما اشتملت على معنى البيع والفسخ جمعاً بينهما وقد أمكن الجمع بينهما اهـ

فصل مسائل هذا الفصل (٩٠٣) بمنزلة مسائل شتى تدكر في آخر الكتب فلاجل هذا ذكرها في آخر كتاب الهبة في فصل على

حدة اهـ اتقاني (قوله) ومن وهب أمة الخ هبت الهبة وبطل الاستثناء قال الاتقاني والأصل فيه أن ما يجوز إيراد العقد عليه بأفقراده جازاً استثناءً وما لا فلا ثم الحيل لا يجوز هبته لاحتمال فيه فلم يجوز استثناءه وقد مر الأصل في أول كتاب البيوع عند قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أو طلاء معاومة وصفي باب البيع الفاسد أيضاً عند قوله ومن اشتري جارية لأجلها ففسد البيع فإذا كان كذلك كان الاستثناء شرطاً فاسداً فبطل الشرط وهبت الهبة لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة يدلل أن النبي صلى الله عليه وسلم أبطل شرط المهر وجوز الهبة وانما لم تجز هبة ما في البدن لان محل الهبة مال قائم بما ولد الواهب وقت العقد وفي قيام الولد ومالته شك وقت الهبة لاحتمال الاتناخ من الرجوع واحتمال

فيه قبض الواهب ويصح في الشائع بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان حقه فيه في وصف السلامة لا في الفسخ ولهذا الزوال العيب امتنع الرد لوصول حقه اليه لكن إذا لم يكن تسليمات رضاه فيرجع بالعوض ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير أن يثبت حقه في الفسخ فإذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصح مستوفياً حقه فيكون ملكاً ممتداً ضرورة غير أنه إذا حكم القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخاً للموم ولا يته ولا كذلك المتعاقدان لانهم مالاً ولا ية لهما الا على أنفسهما وانما اعتبر رده في المرض من الثالث لان حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر أن يبطله باختياره وان أبطله رد عليه كيفما كان استخساناً وفي القياس أن لا يرد ذكره ابن سماعة قال رحمه الله (فان تلفت الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب لم يرجع على الواهب بما ضمن) لان الهبة عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الفرر بخلاف الوديعة لان المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لان عقد المعاوضة يقتضي السلامة فيكون كل واحد منهما ملزماً لوصف السلامة بالأقدام على العقد فإذا لم يسلم له صار مغروراً من جهته فيرجع عليه بما لحقه قال رحمه الله (والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع ببيع انتهاء قدر بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) وقال زفر والشافعي رحمه الله هو بيع ابتداء وانتهاء لهما أتباعاً في البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العقود للعاني دون الالفاظ ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصميل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كقالة وهبة الدين لمن عليه إيراد بيع العبد من نفسه اعتناق وهبة المنفعة بالعوض إجارة والاعارة بعوض إجارة ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين فيكون ابتداءً ومعتبراً بلفظه فتجوز فيه أحكام الهبة وانتهاءً ومعتبراً بعنايه فتجوز فيه أحكام البيع كالهبة في المرض فان ظاهره تملك في الحال تبرعاً ومعناه معنى الوصية لما فيه من إبطال ما تعلق به حق الورثة فيعتبر ابتداءً ومعتبراً بلفظه حتى يشترط فيه القبض ويبطل بالشيوع فيما يحتمل القسمة ويوجب الملك عند القبض في الحال ويعتبر انقضاءه عندهما حتى ينقضي من الثالث بعد الدين لان الالفاظ لا يجوز التغاؤهما مع إمكان العمل به أو قد أمكن فيما نحن فيه ولا تنافي بين حكميهما لان حكم البيع قد يكون متراجحاً باشتراط الخياول لا حدهما وفي البيع الفاسد فيكون موافقاً لحكم الهبة من حيث تأخيرها إلى القبض والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع عما ذكرنا من الموانع للرجوع بخلاف المسائل المستشهد بها فان العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين فمعين النشاء اللفظ والعمل بالمعنى ولو وهب الأب مال ابنه الصغير بشرط العوض لم يجوز عند أبي سفيان وأبي يوسف رحمه الله تعالى لانه تبرع ابتداءً وهو لا يملك التبرع بماله وقال محمد رحمه الله يجوز لانه بيع انتهاء على ما بينا

فصل قال رحمه الله (ومن وهب أمة لأجلها أو على أن يردّها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو داراً

كون البطين ميتاً فوقع الشك في الوجود والمالمة فلا يكون محللاً للهبة بالشك بخلاف الوصية بما في البطن على أو أخلع عليه فانه يجوز إذا ولدت لأقل من ستة أشهر لان الوصية بالمعدوم من كل وجه جائزة كما إذا وصى بما يثمر تخيله العام وأخلع يجوز اضافته إلى المعدوم كما إذا قالت خالتي علي ما في يدي وليس في يدي شيء ويجوز اضافته إلى ما ليس بمال أيضاً كالميتة والنجر والخنزير إلا أنه يقع مجاناً وإذا جاز اضافته إلى المعدوم وإلى ما ليس بمال يتعين فكذلك إذا وقع الشك في وجود المحل ومالته وقت العقد كالبيع ثم لما في البطن في العقد على ما قال في باب المصراة من شرح الطحاوي هو أن تب ثلاثة في وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد وفي وجه العقد جائز والاستثناء فاسد وفي وجهه العقد جائز والاستثناء جائز أما الوجه الذي فيه العقد فاسد والاستثناء فاسد فهو البيع والإجارة والكتابة

والرهن لان هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة وأما الوجه الذي يجوز فيه العقد ويبطل الاستثناء الهبة والصدقة والنفكاخ والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود لا تبطلها الشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل في العقد الام والولد جميعا وكذلك العتق اذا أعتق الجارية واستثنى ما في بطنها صح العتق ولم يصح الاستثناء وأما الوجه الذي يجوز كلاهما الوصية اذا أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها فانه يصح لان الوصية أخذت الميراث وقد جعل الجارية وصية وما في بطنها ميراثا والميراث يجري فيما في البطن وليس هذا كما اذا أوصى لرجل بجارية واستثنى خدمتها أو غنمها الورثة فالوصية صحيحة والاستثناء باطل لان الخدمة والغلة لا يجري فيهما الميراث دون الاصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلته لانسأ ثم مات الموصى له بعد ما صححت الوصية فانه ما يعودان الى ورثة الموصى فلا تكون الخدمة والغلة موروثه عن الموصى له ولو أوصى بما في بطن جاريته لانسأ والمستهلكة بها فان الولد يكون موروثا عن الموصى له واذا أوصى برفقتها لانسأ وبما في بطنها لآخر فبات الموصى له بالولد عاذا الملك الى وارثه ولو أوصى برفقتها لانسأ وبغلتهما وخدمتهما لآخر فبات الموصى له بالغلة عاذا الملك الى صاحب الرقبة دون ورثة الموصى له بالغلة والخدمة وكذلك لو أن الموصى له بالغلة والخدمة مات قبل موت الموصى أو رد وصيته وقد أوصى الموصى برفقتها لآخر فان الغلة والخدمة تعود الى الموصى له بالرقبة ولا تكون لورثة الموصى له ومثله لو أن الموصى له بالولد مات قبل موت الموصى أو رد الوصية لم يعد (٣٠ هـ ٩) الى الموصى له بالرقبة ولكن يعود الى ورثة الموصى فاذن ان افترقا فاسأ

أوقع العقود على ما في البطن أما عقد البيع فلا يجوز وكذلك الكتابة عليه وان قبلت الام عنه وكذلك الهبة والصدقة لا يجوز وان سلم الام الى الموهوب له وان تزوج عليه فالتمسية باطلة ويجب مهر المثل ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فان الصلح بغيره وبطل القصاص والتسمية فاسدة ويكون للولي على القاتل الدية لان هذه العقود تصح على ما هو مال والولد ليس بمال مادام في البطن ولو أنه

على أن رد عليه شيئا منها أو يعرضه شيئا منها صححت الهبة وبطل الاستثناء والشرط لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أجاز امرأ وأبطل الشرط وهذه كلها شروط فاسدة أما في غير استثناء الحمل فظاهر وأما في استثناء الحمل فلان الاستثناء تصرف لفظي لا يعمل الا فيما تناوله اللفظ والحمل لم يدخل تحت اللفظ وانما هو وصف للجارية فكان تبعا لها فلا يصح استثناءه على ما بينا في الاقرار فان قلب شرط فاسد او هو لا يؤثر في الهبة فيصح ويدخل الحمل تبعا لها وهذا هو الحكم في كل معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد بخلاف المعاوضات المالية لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والشروط تفسد الحكمي لا الحسي بل الشروط نفسها تبطل ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة في الام لان الجنين غير مخلوق له واشتغال بطنها به لا يوجب الفساد كما اذا وهب أرضه وفيها ابنه بخلاف ما اذا بر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة لان ملكه فيه باق ولا يمكن ادخاله في الهبة لان المدبر لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يمكن تصحيح الهبة في الام بدونه لانها مشغولة به فصار تطير هبة النخل بدون الفم أو الجوارق بدون الدقيق من حيث ان كل واحد منهما يمنع القبض بخلاف البيع حيث لا يجوز في الفصول كلها فصل الاستثناء والعتق والتدبير وبخلاف الوصية حيث تجوز في الام دون الحمل وفي الحمل دون الام لان بائها أوسع على ما بينا في البيوع وقوله على أن يعرضه شيئا منها فيه اشكال فانه ان أراد به الهبة بشرط العوض فهو في الشرط جائز ان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به أن يعرضه عنها شيئا من

أعتق ما في البطن فانه يصح اذا علم أنه كان موجودا في البطن وقت العتق وانما يعلم وجوده اذا جاءت به لاقول من ستة أشهر من وقت العتق فان جاءت به لسته أشهر فصاعدا لم يعتق لانه لم يعلم وجوده وقت العتق فلا يعتق بالشك الا اذا كانت الام في عدة زوج فانه يحكم بوجود الولد الى سنتين من وقت العلوق في حق ثبوت النسب فكذا في حق العتاق وانما جاز عتق ما في البطن لان العتق ينافي الرق وما في البطن موقوف وكذلك الوصية بما في البطن تصح اذا علم وجوده في البطن وقت الوصية لان الوصية أخذت الميراث والميراث يجري فيما في البطن كذلك الوصية ولو صالح امرأته على ما في بطن جاريته فانه الخلع واقع والزواج الولد اذا كان موجودا في البطن وقت الخلع وان لم يكن موجودا كما اذا جاءت به لسته أشهر فصاعدا فلا يبطل الزواج على ما في البطن ولكنه يتظر ان قالت ان خلعتني على ما في بطن جاريته ولم تنقل من ولده فلا شيء له عليها ولو قالت من الولد فانه يرجع عليها بما ساق اليها من المهر لانها غرت الزوج حين قالت من ولد واذا لم تنقل من ولده لم تغره وهذا كما قلنا في المرأة اذا قالت لزوجها خلعتني على ما في بدي أو على ما في صندوق هذا من شيء أو لم تذكري شيئا ان كان فيه شيء فللزواج وان لم يكن فيه شيء فلا يرجع الزوج عليها بشئ لانها لم تغره حيث لم تسم له مالا فاما اذا قالت خلعتني على ما في صندوق هذا من متاع فان كان فيه شيء من متاع فهو له وان لم يكن يرجع عليها بما ساق اليها من المهر كذا في شرح الطحاوي اه اتسأني (قوله كما اذا وهب أرضه وفيها ابنه) قال في النهاية وصار هذا كما لو وهب أرضا وفيها ابن الوهاب واقف وسلمها الى الموهوب له تمت الهبة فيها من له (قوله فيه اشكال) قال قارئ الهداية ومن خطه نقلت قلت لا اشكال لانه أراد لافرق بين العبارتين في أن كل واحد منهما لا يفسد أي سواء عير به هذا أو هذا اه

العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئا منها قال رحمه الله (ومن قال لمدينه
إذا جاء غدا فهو لك أو أنت منه يرى أو أن أدبت إلى نصفه فلك نصفه أو أنت ترى من النصف الباقي فهو
باطل) لان تملك الدين فيه معنى الاسقاط والابراء منه اسقاط فيه معنى التملك لان الدين مال من وجه
بالنظر إلى المال حتى تجب فيه الزكاة ويصح شراؤه به من المدين ووصف من وجهه بالنظر إلى الحال
حتى لو حلف أنه لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث ومن وجه أنه مال كان تملك كافر تد بالرد ومن وجه
أنه وصف كان اسقاطا فلا يتوقف على القبول والتعلق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يختلف
بها كالاتفاق والعناق وهذا تملك من وجه فلا يجوز تملكه بالشرط فبطل بخلاف قوله أنت ترى من
النصف على أن تؤدي إلى النصف لانه تقييد وليس بتعلق على ما بيننا في الصلح قال رحمه الله (وصح
العمري للمهر له حال حياته ولو ورثته بعد موته وهي أن يجعل داره له عمره فإذا مات ترد عليه لا الرقي أي أن
مت قبلك فهي لك) وهذا تفسير الرقي أي يقول ذلك له لما روى عن زيد بن ثابت أنه عليه الصلاة والسلام
قال من أعر عمرى فهي للمهره تحياه ومماته لا ترقيوا من أرقب شيئا فهو وسبيل الميراث رواه أحمد وأبو داود
والنسائي وفي لفظ جهل الرقي الذي أرقبها رواه أحمد والنسائي ولان معنى العمري هو التملك في الحال
ويجعله له مدة عمره ثم إذا مات ترجع إليه فصح التملك وبطل الشرط لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط
الفساده وبطل الشرط ومعنى الرقي أن يملكه له بعد موته فيكون تملك مضافا إلى زمان وهو من
الارتقاب وهو الانتظار كأنه ينتظر موته فلا يصح لعدم التملك في الحال وقال أبو يوسف رحمه الله تصح
الرقي أيضا بناء على أن تملك له الحال واشترط الاسترداد بعد موته عنده كالعمري كأن الواهب ينتظر موت
الموهوب له وقد روى ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال العمري جائزة لمن أعرها والرقي جائزة لمن
أرقبها رواه أحمد والنسائي فخاصة أنه متى وجد التملك في الحال واشترط الرد في المال يجوز بالاجماع
لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط بل الشرط متى كان التملك مضافا إلى زمان في المستقبل لا يجوز
بالاجماع فكان الخلاف بينهم مبني على تفسير الرقي فن قال أنه تملك في الحال أجازة ومن قال أنه مضاف
لم يحزه وليس باختلاف حقيقة ومثل هذا تقدم في نكاح الصابات وفي فساد الصوم بالافطار في الاحليل
وفي وجوب الدم إذا غسل المحرم رأسه بالخطي وبلبس الثوب المصبوغ بعصفر فإذا لم يكن بينهم خلاف
في الحقيقة واللفظ صالح للعنين أمكن التوفيق بين الاخبار فأورد من النهي عن الرقي محمول على أن
المراد به ابطال شرط الطهارة وهو الاسترداد بعد موت الموهوب له وما جاء فيه من الاطلاق محمول على
أنه جائز والشرط باطل ومثله جاء النهي عن العمري أيضا وهو ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه
الصلاة والسلام قال لا تعمر ولا ترقيوا من أعر شيئا أو أرقب فهو له حياته ومماته رواه أحمد والنسائي
وقال عليه الصلاة والسلام العمري جائزة لاهله والرقي جائزة لاهله رواه أبو داود والترمذي والنسائي
وفيهم ما أخبرا بكثرة بعض ما يمنعهما وبأخيل على ما حملناه حصل التوفيق فلا معارضة
قال رحمه الله (والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض ولا في مشاع يحتمل القسمة) لانه تبرع كالهبة ويلزم
فيها ما يلزم في الهبة فامتنعت بدون القبض كالهبة قال رحمه الله (ولار جوع فيها) أي في الصدقة
لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض قال في النهاية لار جوع في الصدقة على الغني كما لار جوع في
الصدقة على الفقير ثم قال من أصحابنا من قال الصدقة على الغني والهبة سواء لانه يقصد به العوض دون
الثواب ألا ترى أنه في حق الفقير جعلت الصدقة والهبة سواء فيهما هو المقصود ثم لا أن يرجع في الهبة
فكذا في الصدقة ثم قال ولكننا نقول في ذكر لفظة الصدقة ما يدل على أنه لم يقصد العوض ومراعاة لفظة
أولى من مراعاة حال التملك ثم التصديق على الغني يكون قربة يستحق به الثواب وقد يكون مال كالتنصيص
وله عيال كثير والناس يتصدقون على مثل هذا النيل الثواب ألا ترى أنه عند اشتباه الحال يتأدى به
الواجب الذي عليه ولا رجوع له فيه بالاتفاق فكذا عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه هكذا

(قوله فهو تكرار محض) قال
الرازي رحمه الله لا تكرار
فيه لان الاول هبة بشرط
الفسخ لان الرد دليل الرجوع
والثاني هبة شئ بشرط
أن يكون شئ منه عوضا
عن نفسه اه (قوله فما
ورد من النهي عن الرقي الخ)
الرقي قد تكون من الارتقاب
وقد تكون من الترقيب
فثبت قال أجاز الرقي يعني
إذا كان من الارتقاب بان
يقول أرقبت دارى لك وحيث
قال رد الرقي يعني إذا كان
من الترقيب وهو أن يقول
أراقب موتك وترقب موتى
فإن مت أنا فهي لك وإن مت
أنت فهي لي فيكون هنا
تعلق التملك بالخطر وهو
موت المالك قبله وذلك باطل
ثم لما احتمل المعنيين جميعا
والمالك الذي المصدق فينا
فلا نزاع بالشك وانما
يكون قوله دارى لك تملك
إذا لم يفهم هذه الاضافة
بشيء أما إذا فهمها بقوله
رقي أو جيبس يعني أنه ليس
بتملك كما لو قال دارى لك
سكنى يكون عارية وهذا
لان الكلام المبهم إذا تعقبه
تفسير فالحكم لذلك التفسير
اه مبسوط السرخسي

كتاب الاجارة

قدم الهبة على الاجارة لانهم اتفقا على ان الهبة لا تملك على العوض والعوض مقدم على الوجود ووصل به بصل
الصدقة لانهم اتفقا على ان الهبة لا تملك على العوض والعوض مقدم على الوجود ووصل به بصل
بموضوع معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله أو يقال عقد (١٥٠) على منفعة معلومة لا لاستباحة البضغ
بموضوع معلوم وقال الامام

الاستيعاب في شرح الطحاوي
التمليك على ضربين تمليك
منفعة وتمليك عين وكل وجه
على وجهين اما ان يكون
ببدل أو غير بدل فتمليك
العين بدل هو البيع وتمليك
العين بغير بدل هي الهبة
والصدقة والرخصة وما أشبه
ذلك واما تمليك المنفعة ببدل
فهو الاجارة وتمليك المنفعة
بغير بدل هي العارية (قوله
فانه خطأ وقبيح) اما خطؤه
فانه من باب أقفل لامن باب
فاعل واما قبحه فانه يستعمل
في موضع القبح اه (قوله
وهي تنفذ ساعة فساعة
على حسب حدوث المنافع)
أي لان المنفعة لا تبلغ محلا
الاضافة لانها معدومة
ليست في مقدور النشر اه
يزدري في الاستعارة وكتب
مانعه لو قال أجرتك منافع
هذه الدار شهرين كذا لم يجوز
لان العقد رد على العين ثم
ينقل الى المنفعة على حسب
حدوثها شيئا ه شرح
معنى في باب حكم الواجب
بالامر (قوله أقيمت مقام
المنفعة في حق إضافة العقد)
أي لاني حق الملك لان الملك

ذكر في النهاية معزى الى الملبس وما ذكره من عدم جواز التصديق على غنيين ينافي هـ لانهم هـ
لم يعتبروا فيه وفي الهبة الاحال المملوك حتى أجازوهما الفقيرين ومنعوهما الغنيين على الصحيح وهو المذكور
في الجامع الصغير على ما ينشأ من قبل فقياسه أن يملك الرجوع في الصدقة على الغني ولا يملك الرجوع
في الهبة على الفقير والله أعلم بالصواب

كتاب الاجارة

قال رحمه الله (هي بيع منفعة معلومة بأجر معلوم) وقيل هي تمليك المنافع بموضوع بخلاف النكاح
فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بموضوع هـ في الشرع وفي اللغة الاجارة فعالة من أجر بأجر
من بابي طلب وضرب فهو أجر وذلك مأجور أي الاجارة اسم للاجرة وهي ما أعطى من كراه الاجير وقد
أجره اذا أعطاه أجرته والاجر ما يستحق على عمل الخير ولهذا يدعى به يقال أجرناه الله وأعظم الله أجرنا
وفي كتاب العين أجرت مماو كى أجره اي جارا فهو مؤجر وفي الاساس أجرني داره فاستأجرته او هو مؤجر
ولا تنقل مؤجر فانه خطأ وقبيح قال وليس أجره هذا فاعل بل هو أفعول وهي جائزة باجماع الامة وقال الله
تعالى حكايه عن شبيب عليه الصلاة والسلام اني أريد أن أنكحك احدي ابنتي شاتين على أن تأجرني
ثمانى حجج وشريفة من قبلنا شريفة لانما لم يظهر النسخ لاسيما اذا قص لنا على وجه الانكار وقال عليه
الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعمله أجره وشرطها أن تكون الاجرة والمنفعة معلومتين لان
جهالتهم تنفضي الى المنازعة وركنهما الايجاب والتبطل وحكمها وقوع الملك في الدين ساعة فساعة لان
المعقود عليه وهي المنافع معدومة والقياس أن لا تفجوز لما فيها من اضافة العقد الى ما سيجو وجودا لأنها
أجيزت للضرورة لثبوت الحاجة اليها وهي تنفذ ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع والعين المستأجرة
أقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالتبطل فعمله يظهر في المنفعة ما
واستحقاقا حال وجودها وهذا كالمسلم فيه فان الذمة التي هي محل المسلم فيه أقيمت مقام المعقود عليه
في حق جواز السلم وقال الشافعي رحمه الله تجعل المنافع المعدومة موجودة بحكم ضرورة تجميع العقد
لان العقد يستدعي محلا لا يعتقد فيه اذا الشرع حكم بالانعدام وهو وصف العقد المنفعة فكما لو جرد
الحمل ليعقد العقد فيه وهذا لان العقد قد لازم والازم وصف بثبت بالعقد فكما لو جرد الحمل ليعقد
العقد فيه فأثرنا المعدوم موجودا لذلك قلنا ارتباط الايجاب بالتبطل صفة الكلامين والحمل يحتاج اليه
للحكم وانما اشترط وجود الحمل عند الارتباط لان الانعقاد لاجل الحكم فلا بد من تعيين المحل حتى يعمل
العقد فيه فجعل الدار خلفا عن المنفعة في حق اضافة العقد اليها ثم بعد ذلك عمل هذا اللفظ يتراخي الى حين
وجود المنفعة وحكم العقد وهو الملك قبل الفصل عن العقد كما في البيع بشرط الخيار وهذا أولى مما
ذهب اليه الشافعي لانا نقيض امر حكى بدليل شرعي وما ذهب اليه قلب الحقائق لان المنافع معدومة
حقيقة والمنفعة لا يتصور وجودها في لحظة فلا يعتد بها جعلها موجودة حكما لان الشرع لا يريد تقدير
المستحيل ولهذا أضاف العقد الى المنفعة لا يجوز ولو أضافه الى العين جاز بالاجماع ولان ما قلناه ليس

(١٤ - زبلي خامس) يتأخر الى حدوث المنفعة فعلى حسب حدوث المنافع تنفذ ساعة فساعة وعند الشافعي حالة الانعقاد
(قوله ولهذا أضاف العقد الى المنفعة لا يجوز) قال الزواجني الاجارة اذا أضيفت الى منفعة الدار تصح فانه نص في مسألة الشيخ الامام
الاجل الزاهد خوار زاده اذا قال وهبتك منفعة هذه الدار كل شهر بدينار فانه اجارة فهذا أولى اه انظر الحاشية التي قبل هذه
بشولة نافع عن شرح المغني اه وهذا الفرع ذكره الزواجني في الفصل الاول من كتاب الاجارة اه

(قوله في المتن والمنفعة الخ) لئلا كرهيل (١٠٦) هذا أن الأجرة بيع منفعة معلومة واقتضى هذا أن الأجرة لا تصح حتى تكون

فيه الأمانة السبب مقام المسبب وهو أمر شائع شرعا كإقامة المسبب مقام المشتة ونحوه فكان أولى قال
رحمه الله (وما صح غنا عن أجرة) أن الأجرة عن المنفعة فتعبر عن البيع ثم إن كانت الأجرة عينا جاز كل
عين أن يكون أجرة كما جاز أن يكون بدلا في البيع وإن كان موصوفا في الذمة يجوز أيضا كل ما جاز أن
يكون غنا أو مسعفا في الذمة كالمقدرات والمذروعات وما لا فلا ولا فرق بينهما فيه وقوله ما صح غنا عن
أجرة يقتضي ذلك ولا ينافي العكس حتى صح أجرة ما لا يصح غنا أيضا كالمنفعة فانما لا تصلح غنا وتصلح أجرة
إذا كانت مختلفة الجنس كاستئجار سكنى الدار بزراعة الأرض وإن اتحد جنسهما لا يجوز كاستئجار الدار
للسكنى بالسكنى وكاستئجار الأرض للزراعة بزراعة أرض أخرى لأن المنافع معدومة فيكون بيعها بالنسيئة
على ما قالوا فلا يجوز ذلك في الجنس المتعددا لأنه يكون كبيع القوي بالقرهي نسيئة بخلاف مختلفي
الجنس على ما قالوا قال رحمه الله (والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة فيصح على مدة معلومة أي
مدة كانت) ومنه لا يجير الوحدان المدة إذا كانت معلومة كانت المنفعة معلومة فيجوز طال المدة أو
قصرت تأخرت بان كانت مضافة أو تقدمت بان كانت متصلة بوقت العقد ولا معنى لقول الشافعي فيه فإنه
يقدره بسنة في رواية ولا يجوز أكثر منها لأن جوارها كان للضرورة ولا ضرورة إلى أكثر منها وفي رواية
يقدره بثلاثين سنة ولا يجوز أكثر منها لأنه فلما يستعمل بالأجرة أكثر من ذلك وفي رواية تجوز أبدا لأن بيع
المنافع كبيع الأعيان فجاز مؤبدا قلنا كل ذلك باطل لأن المجوز لها كونها معلومة ولا معنى لغيره بعد أن
صارت معلومة ألا ترى إلى قوله تعالى حكاية عن شعيب عليه الصلاة والسلام إنى أريد أن أتكلك إحدى
ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج فأجاز أكثر من سنة ولأن المنافع لا تكون معلومة إلا بضرب المدة
لها فلا تجوز إلا مؤجلة بخلاف بيع الأعيان فانها معلومة بدونه ومن شرطها التأبيد أيضا حتى لو ضرب
له أجلا فسد البيع وقال بعضهم لا يجوز أن يضرب لها أجلا لا يعيش اليه مثله عادة لأن الغالب كالتحقق
في حق الأحكام حتى يحكم بموت المفقود عند موت أقرانه فصار كالتأبيد معنى فلا يجوز لما عرفت أن
التأبيد يطالب به وبه كان يقضى القاضي أبو عيسى السامري وبعضهم جوز ذلك وانحصار منسهم لأن
الظيرة في هذا الكلام للمعاقدين وأنه يقتضى التوقيت ولا يقتضى تعيين الوقت قال رحمه الله (ولا زاد
في الأوقاف على ثلاث سنين) أي لا يجوز أن تزداد مدة الأجرة في الأوقاف على ثلاث سنين خوفا من
دعوى المستأجر أنه ملكه إذا انطأ وقت المدة وذكر بعضهم الحيلة في جواز الزيادة على ثلاث سنين أن يعقد
عقودا كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب أن فلان بن فلان استأجر الوقف كذا وكذا سنة بكذا وكذا
عقد في كل عقد سنة وذكر صدر الإسلام أن الحيلة فيه أن يرفع إلى الحاكم حتى يجزئه وكان الصدر
الشمي رحمه الله يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع إذا كانت المصلحة في المنع وفي غير الضياع كان
يفتى بعدم الجواز فيها زاد على سنة واحدة إذا كانت المصلحة في الجواز هذا إذا لم ينص الواقف على مدة
الأجرة فإن اشترط لذلك شيئا من المدة فهو على ما شرط طال أو قصر لأن شروط الواقف تراعى كالنصوص
قال رحمه الله (أو بالتسمية كالأستجار على صبيغ الثوب وخياطته) أي المنفعة تعلم بالتسمية كما في ما ذكره
من الصبيغ والخياطة ومنه استئجار الدابة للحمل أو للركوب لأنه إذا بين المصروع والصبيغ وقدر ما يصبيغ به
وجنسها وجنس الخياطة والخيط ومن يركب على الدابة والتدوير المحمول عليها والمسافة صارت المنفعة
معلومة بلا شبهة فصح العقد ومن هذا النوع الأجرة على العمل كاستئجار القصار ونحوه قال رحمه الله
(أو بالإشارة كالأستجار على نقل هذا الطعام إلى كذا) أي تكون المنفعة معلومة بالإشارة كما ذكره من
نقل الطعام لأنه إذا علم المتناول والمكان المنقول إليه صارت المنفعة معلومة وهذا النوع هو قريب من
النوع الأول قال رحمه الله (والأجرة لا تملك بالعقد بل بالتجمل أو بشرطه أو بالاستيفاء أو بالتمكن منه)

المنافع معلومة شرعا يذكر
كيف تعلم المنافع فقال
والمنفعة الخ اه (قوله لأن
الغالب كالتحقق الخ) قال
الولوالجلى أى قال في الفصل
الأول ولو استأجر مائتى سنة
يكذا فهو فاسد لا نافع له أنه
لا يعيش إلى تلك المدة فينتفع
بعضه في حالة الحياة وبعضه
بعد الوفاة اه (قوله خوفا
من دعوى المستأجر) الذى
يخطئ الشارح المستأجرين
اه (قوله بكذا وكذا عقدا في
كل عقد الخ) فيكون العقد
الأول لازما والثانى غير لازم
لأنه مضاف اه (قوله في
المتن أو بالتسمية) يعنى
المنفعة تارة تعلم ببيان المدة
كما تقدم وتارة تصير معلومة
بجرد التسمية بدون ذكر المدة
اه (قوله لأنه إذا بين المصروع)
أى الثوب الذى يصبيغ اه
(قوله والصبيغ) أحرأ ونحوه
اه (قوله وقدر ما يصبيغ به)
أى إذا كان مما يخلف اه
اتقانى (قوله والمسافة)
يعنى بالحمل والركوب
جميعا اه اتقانى (قوله
في المتن والأجرة لا تملك بالعقد)
قال في الهداية الأجرة لا
يجب بالعقد وتستحق بإحدى
معان ثلاث إما بشرط التجمل
أو بالتجمل من غير شرط
أو باستيفاء العقود عليه اه
قوله لا تجب بالعقد أى لا
يجب أدائها وتسليمها بمجرد

العقد ما نفس الوجوب فثبت بنفس العقد اه (قوله في المتن أو بالتمكن الخ) قال الاتقانى ولكن
إذا كانت الأجرة صحيحة فإذا كانت فاسدة لا يجب شئ بمجرد التمكن من الاستيفاء وذلك لأن الواجب على الأجر تسليم العين التى تحدث

منها المنافع في مدة الاجارة لتسليم المنفعة لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فقام تسليم العين مقام تسليم المنفعة ولكن يعتبر التسليم على وجه يمكن الانتفاع بها وقد تحقق التسليم على هذا الوجه فحق التسليم المستحق وجب الاجر وان لم ينتفع بها كما اذا قبض المبيع ولم ينتفع به قال الامام الاسيحي في شرح الطحاوي ومن استأجر دابة الى مكان معلوم ليركبها فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها شيئا فانه يجب الاجر وكذلك اذا استأجر دارا يسكنها فسلم المؤجر المفتاح اليه ومضت المدة فانه يجب الاجر عليه سكن الدار أو لم يسكن الا اذا منعه مانع من السلطان أو غيره فأخرجه ولم يمكن دفعه عنه فانه لا يجب الاجر (١٧٠ هـ) عليه الى هذا القطر رحمه الله وقال

في شرح الاقطع قال أصحابنا اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة مكنته المسير فيم الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجبت الاجرة وقال الشافعي يجب الاجرة في الوجهين دليلنا ان العقد وقع على مسافة فالتسليم في غيرها لا يستحق به البدل كما لو وقع على مدة فسلم في غيرها فانه لا يستحق البدل فان قيل ان المستأجر قبض العين المستأجرة ويمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليه ما فوجب أن تستقر الاجرة عليه أصلا اذا استأجرها شهر أو ركوب قيل له يمكن من الاستيفاء في غير محل المعقود عليه كما يمكن من الاستيفاء في غير المدة والمعنى في الأصل أن العقد وقع على المدة وفي مسئلتنا وقع على العمل وفرق ما بينهما كما لو استأجر رجلا لخطابة أو استأجر يوم الخياطة

أى لا تلك الاجرة بنفس العقد سواء كانت الاجرة عينا أو دينا وانما تلك بالتجمل أو بشرط التجميل أو باستيفاء المعقود عليه وهي المنفعة أو بالتمكن من استيفائه بتسليم العين المستأجرة في المدة وقال الشافعي رحمه الله تلك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم العين المستأجرة لانها عقد معاوضة فيثبت الملك في البدلين بنفس العقد وهذا مبني على أصله أن المنفعة المعدومة عنده جعلت موجودة حكما لان من شرط جواز العقد أن يكون المعقود عليه موجودا مقدورا على تسليمه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والشارع جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما كما جعل النطفة في الرحم كالحي حكما في حق الاحكام من الوصية والارث وكذا يجعل الموجود حقيقة كالمعدوم حكما كما جعل المرتد الملتحق بدار الحرب ميتا في حق الاحكام كالارث وعققت أمهات أولاده والدليل على أنه كالموجود جواز الاستئجار بالدين ولو كان معدوما لما جاز لانه يصير دينيدين وهو حرام شرعا ولنا أن هذا عقد معاوضة فيقتضي المساواة بينهم ما وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم وأحد البدلين وهو المنفعة لم يهرع ما كونه بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فكذا في البدل الاخر ولو ملك الاجرة لمالكها بغير بدل وهو ليس من قضائية المعاوضة فمأخر الملك فيه ضرورة وجواز العقد ليس باعتبار أن المعدوم جعل موجودا حكما وكيف يقال ذلك والموجود من المنفعة لا يقبل العقد لانه عرض لا يبق زمانين فلا يتصور فيه التسليم بحكم العقد والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد وما لا يتصور فيه التسليم لا يكون محالا للعقد بل باعتبار أن العين التي هي سبب وجود المنفعة أقيمت مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول وفي حق وجوب التسليم اذا العين هي التي يمكن تسليمها دون العرض فاعتقد في حقها في الحال فوجب عليه تسليمها وصار العقد مضافا غير منقذ للحال في حق المنفعة لان أقصى ما يتصور العقد على المنفعة أن يكون العقد مضافا الى وقت حدوثها فينقضي العقد في كل جزء من المنفعة على حسب وجودها شيئا فشيئا وهو معنى قولنا ان عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع وانما قامت العين مقام المنفعة لصحة العقد في حق الانعقاد والتسليم ضرورة عدم تصور شيئا في المنفعة ولا ضرورة في حق الملك في البدل اذ ما ثبت للضرورة يثبت بقدرها فلا يظهر في حق ملك البدل كما لا يظهر في حق ملك المنفعة فيكون العقد مضافا الى وقت حدوثها غير منقذ للحال في حقها ما وهذا أولى من الذي ذهب اليه الشافعي رحمه الله فان فيسبب قلب الحقائق وهو جعل المعدوم موجودا وما ذهبنا اليه ليس فيه الاقامة السبب وهو العين مقام السبب وهي المنفعة في حق بعض الاحكام وهذا التدرج من التغيير معهود في الشرع ألا ترى أن الشارع أقام السفر مقام المشقة لانه سببها وأقام البلوغ مقام اعتدال العقل حتى علق التكليف بالانسيب ونظائره كثيرة لا تحصى وانما جاز الاستئجار بالدين لان العتد لم ينعقد في حق المنفعة فلم تفسر المنفعة دينا في ذمته فلا يجب بدلها أيضا وعند انعقاد العقد فيها

والخاصل أن ههنا قيد وجوب الاجرة أحدها التمكن من الاستيفاء في المدة حتى اذا لم يمكن من استيفاء المنفعة أو كان في غير المدة لا يجب الاجر والثاني أن تكون الاجارة صحيحة ألا ترى الى ما قال في قمة الفتاوى لا يجب الاجر في الاجارة الفاسدة بالتمكن من استيفاء المنفعة وانما يجب حقيقة الاستيفاء بخلاف الاجارة النجسة فان الاجرة فيها يجب بالتمكن من استيفاء المنفعة (قوله وقال الشافعي تلك بنفس العقد) قال الاتقاني وفائدة هذا الخلاف ما ذكره علماء الدين العام في طريقة الخلاف وهو أن لا يثبت المؤجر ولاية المطالبة بتسليمها في الحال ولو كانت الاجرة عبدا وهو قريب لا يعتق عليه في المال (قوله لم تفسر المنفعة دينا) قال الاتقاني فان قيل لو لم تكن تلك المنافع يلزم الافتراق عن دين بدين قلنا لو بيع ذلك لم التقابض في المجلس فلما جاز التفرق من غير تقابض ولا يكون ذلك دينيدين بطل ما قلناه

(قوله وكذا يصح الارتهان والكفالة بها) قال قاضيخان في فتاواه قبيل فصل الاجارة الطويلة رجل أجر داره من رجل سنة بألف درهم ثم قال للمستأجر وهبت منك جميع الاجر أو قال أبرأتك عن الاجر صح ذلك في قول محمد وأبي يوسف الأول ولا يصح في قول أبي يوسف الآخر ولو قال أبرأتك عن خمسة مائة من هذا الاجر أو قال عن تسعمائة من الاف صح ولو قال بعد ماضت سنة أشهر من وقت الاجارة أبرأتك عن الاجر صح عن الكل في قول محمد رحمه الله (٨٠٠) وفي قول أبي يوسف الآخر صح أبرأه عما مضى ولا يصح عما يستقبل ولو كان تعجيل

الاجرة شرطاً في الاجارة ثم وهب منه الاجر أو أبرأه عن الاجر صح في قولهم ولو أجر داره ثم وهب له أجر رمضان قال الفقيه أبو القاسم رحمه الله ان استأجرها سنة جاز وان استأجرها مشاهرة لا يصح الا اذا وهب منه بعد ما دخل شهر رمضان قال الفقيه أبو الليث هذا الطواب يوافق قول محمد رحمه الله وبه نأخذاه وقال الحدادي رحمه الله ولو وهب بعض الاجرة أو أبرأه منه جازاً جامعاً أما على أصل محمد فظاهر لان الهبة تجوز عنده في الجميع فكذلك في البعض وأما على أصل أبي يوسف فهبة البعض حط تلحق بالأصل فيصير كالموجود في حال العقد وهبة الجميع لا تلحق بالعقد فتثبت في الحال وليس هنالك حق واجب فلا يصح وأما اذا وجبت الاجرة بمضي الوقت وهي دين فلا بأس بالبراءة والهبة والصرف لانه دين واجب كسائر الديون اهـ (قوله سقط الاجر) وذلك لان استحقاق الاجرة اذا لم يوجد التجهيل إما باستيفاء المنافع أو بالتمكن

وهو زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا يكون ديناً بدين أصلاً ولو كان العقد منعقد في حق المنفعة لما جازت الاجارة بالدين المؤجل أصلاً كما لا يجوز السلم به ولو جاز أن يجعل المعلوم كالمستوفى في الجاز ذلك في السلم أيضاً كما اذا باع العين بالدين فاذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجرة لتحقيق المساواة وان عملها أو اشترط تعجيلها فقد التزمه بنفسه وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد فصح بخلاف الاجارة المضافة الى وقت بشرط تعجيل الاجرة حيث يكون الشرط باطلاً ولا يلزمه للحال شيء لان امتناع وجوب الاجرة فيه ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون موجوداً قبل ذلك الوقت فلا يغير هذا المعنى بالتصريح على خلافه ألا ترى أن الثمن في البيع يجب في الحال ولا يجب تسليم المبيع حتى يسلم الثمن لان العقد يقتضي المساواة ثم اذا كان الثمن مؤجلاً لا يجب تسليمه في الحال لانه تأخر بالقصد صريحاً ولا يقال يصح الا برأه من الاجرة بعد العقد ولو لم يملكها الماسح وكذا يصح الارتهان والكفالة بها وكذا الوتزوج امرأة بسكنى داره سنة وسلم الدار اليها ليس لها أن تمنع نفسها فلزم تلك المنفعة ولم تقبضها لثمت نفسها لانا نقول لا يصح الا برأه عند أبي يوسف رحمه الله لعدم وجوبه كالمضاف بخلاف الدين المؤجل لانه ثابت في الذمة فجاز الا برأه عنه والجواب على قول محمد رحمه الله انه وجد سبب وجوبه فجازا برأه بعد وجود السبب كالا برأه عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للوثيقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب ألا ترى انه ما جاز ان بالثمن في البيع المشتري فيه ان خياره بالدين الموعود وجازت الكفالة بالدرء وجازت له بقية الشرط فكذلك بالدين أما جواز الكفالة فظاهر لانه يجوز تعليقها بشروط ملائمة فهذا لا يكون أقل منه وأما الرهن فلانه استيفاء الدين حكم فيكون معتبراً بالاستيفاء الحقيقي فلا يستوفى الاجرة هنا حقيقة جاز فكذلك بخلاف الاجارة المضافة وانما لم يكن للمرأة أن تجبس نفسها بعد تسليم الدار اليها لانه أو في ما سمى لها برضاها وهو المراد عنه عادة عند الاطلاق فصار كما اذا أجلت المهر كانه يجب عليها تسليم نفسها ما قبل حلوله فكذلك هذا بل أولى لانها تسلمت الدار وهي قائمة مقام المنفعة من وجهه على ما بينا وقوله للشارع جعل المعلوم حقيقة موجوداً حكماً الخ قلنا نعم لكن عهدنا ذلك فيما يمكن تقدير وجوده حقيقة لان الشيء انما يقدر حكماً اذا كان يمكن تصوّره حقيقة كما في المستشهد به فان الحى يتصور موته وكذا بالعكس وأما المنافع فلا تقبل العقد أصلاً حتى في حال وجودها على ما بينا فكيف يقدر وجودها بل جواز العقد وليس في وجودها جواز بل بطلانه على ما بينا على أن ما اعتبره قلب وما اعتبرناه تغييراً كان أولى على ما بينا قال رحمه الله (فان غصبت منه سقط الاجر) أي أو غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر سقط الاجر كانه فيما اذا غصبت في جميع المدة وان غصبت في بعضها سقط بحسب الزوال التمكن من الانتفاع وهو شرط لوجوب الاجرة لا حقيقة الانتفاع على ما بينا وهل تنفسخ الاجارة قال صاحب الهداية تنفسخ وقال القاضي نفي الدين في فتاواه والفضل لا تنتقض قال رحمه الله (ولرب الدار والارض طلب الاجر كل يوم وللجمال كل مرحلة وللنصار والحياط بعد الفراغ من عمله) والاصل فيه أن الاجارة معاوضة والمالك في المنافع يمنع ثبوته زمان

من الاستيفاء ولم يوجد الاستيفاء والتمكن منه أصلاً فلا تستحق الاجرة اهـ اتقاني (قوله في المتن ولرب الدار والارض العقد طلب الاجر كل يوم) قال في شرح الاقطع وقال زفر لا يطلبه الا بعد مضي مدة الاجارة ولو كانت مائة سنة وهو قول أبي حنيفة الأول اهـ اتقاني (قوله في المتن ولا تقصار والحياط بعد الفراغ من عمله) واذا اشترط في جميع هذه الوجوه تعجيل الاجر أو تأخيرها فهو على ما اشترطه لما أنه أعرض عن قضية المعادلة اهـ اتقاني

(قوله لان المعقود عليه جلة المنافع) أي وهو لم يصر مسئلة اليه فلا يطالبه ببذلها اه (قوله كالمثلن في المبيع) وكما لو استأجر خياطاً
 ليخيط له ثوباً بانفاق بعضه لا يستحق الاجرة ما لم يفرغ من العمل بخلاف ما اذا بين وقت الاستحقاق مثل أن يقول أجرتك هذه الدار بكذا سنة
 على أن تعطى الاجرة بعد شهرين لان ذلك بمنزلة شرط تعجيل الاجرة ولنا أنه استوفى بعض المعقود عليه فيجب بدله تحقيقاً للمساواة بين
 المتعاقدين اه اتقاني (قوله كافي كراء الدابة) الكراء بالمدا الاجرة اه مصباح (قوله في الدار يجب لكل يوم) أي لان اليوم مقصود
 بالانتفاع وأخذ البديل عنه لا يفيض الى الضرر اه اتقاني (قوله وفي المسافة لكل مرحلة) وهو استئجار اه (قوله ولا يفرغ
 لفيره) أي لانه كما يفرغ من تسليم اجرة ساعة يجب عليه تسليم اجرة ساعة أخرى على التوالي اه اتقاني (قوله أو قطع المسافة) من هنا
 الى قوله في المتن وزرع رطبة منقود من خط الشارح رحمه الله اه (٩٠) (قوله في المتن فان أخرجه فاحترق الخ) قال في الهداية
 ومن استأجر خيطاً ليخيط له

في يده فغيره من دقيق يدرهم
 لم يستحق الاجر حتى يخرج
 الخبز من التنور لان تمام
 العمل بالخراج فلو احترق
 أو سقط من يده قبل الخراج
 لا أجر له لانه لا قبل التسليم
 فان أخرجه ثم احترق من
 غيره فلا أجر لانه عار
 مسلماً بالوضع في يده ولا
 ضمان عليه لانه لم يوجد
 منه الضمان قال رضي الله
 عنه وهذا عند أبي حنيفة
 لانه أمانة في يده وعندهما
 يضمن مثل دقيقه ولا أجر له
 لانه يضمن عليه فلا يبرأ
 الا بعد حقيقة التسليم وان
 شاء ضمانه الخبز وأعطاه اه
 قال الاتقاني قال محمد في
 الجامع الصغير عن يعقوب
 عن أبي حنيفة في رجل
 أدخل رجلاً الى منزله
 استأجره ليخيط له ثوباً
 أخرجه من التنور احترق من

العقد فكذلك الملك في الاجرة على ما بيناه ثم كان أبو حنيفة أو لا يقول في الكل لا يجب شيء من الاجرة حتى
 يستوفى جميع المنفعة والعمل وهو قول زفر لان المعقود عليه جلة المنافع والعمل فلا يتوزع الاجر على
 أجزائها كالمثلن في المبيع والرهن في الدين ثم يرجع عن هذا فقال ان وقعت الاجارة على المدة كافي اجارة
 الدار والارض أو على قطع المسافة كافي كراء الدابة يجب الاجر بحصة ما استوفى من المنافع اذا كان
 المستوفى اجرة معاومة من غير مشقة في الدار يجب لكل يوم وفي المسافة لكل مرحلة والقياس أن يجب
 في كل ساعة بحسابه تحقيقاً للمساواة الا أنه يفيض الى الخراج لانه لا يعلم حصته الا بمشقة ولا يفرغ لفيره
 فربيع الى ما ذكرنا لان حصته من الاجرة معاومة من غير مشقة وهذا التقدير من المنفعة مقصود فيجب
 البديل بحصته بخلاف ما اذا وقعت الاجارة على العمل كالخياطة والقصارة لان العمل في البعض غير منتفع به
 فلا يستوجب الاجر عقاباً لانه حتى يفرغ من العمل فيستحق الكل وكذا اذا عمل في بيت المستأجر ولم يفرغ
 من العمل لا يستحق شيئاً من الاجرة على ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجر يدوز كفي الميسور
 والقوائد الظهيرية والذخيرة وبسوط شيخ الاسلام وشرح الجامع الصغير للخراساني وفاضل
 والتمرناشي أن اذا خاط البعض في بيت المستأجر يجب الاجر له بحسابه حتى اذا سرق الثوب بعد ما خاط
 بعضه يستحق الاجر بحسابه واستشهد في الاصل على ذلك بما لو استأجر انساناً ليبنى له حائطاً فبنى بعضه ثم
 انهدم فلا أجر ما بنى فهذا يدل على أنه يستحق الاجر ببعض العمل في الكل الا أنه يشترط فيه التسليم الى
 المستأجر في سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلماً اليه بمجرد تسليم الدار وقطع المسافة وفي الخياطة
 وهو الا يكون مسلماً اليه الا اذا سلمه الى صاحبه حقيقة ففي خياطة في منزل المستأجر يحصل التسليم
 بمجرد الفعل اذ هو في منزله والمثل في يده فلا يحتاج فيه الى التسليم الحقيقي فيجب بمجرد العمل وله اذا فرغه
 في منزله يجب الاجر من غير تسليم اليه وعلى ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجر يدوز لا يستحق الاجر على
 البعض الا في سكنى الدار أو قطع المسافة وهو أفرأ الى المروى عن أبي حنيفة رحمه الله لانه روى التوفيق
 بينهما عن القول المرجوع اليه على ما ذكرنا وعلى ما ذكره لافرق بين الكل قال رحمه الله (وللمخيار بعد
 اخراج الخبز من التنور) يعني للمخيار أن يطالب بالاجر اذا أخرج الخبز من التنور لانه قد فرغ فيما لك المطالبة
 كالخياط اذا فرغ من العمل هذا اذا كان يخبر في بيت المستأجر لانه صار مسلماً اليه بمجرد اخراجه فيستحق
 الاجر وان كان في منزل الخياط لم يكن مسلماً اليه بمجرد اخراجه من التنور قال رحمه الله (فان أخرجه
 فاحترق فلا أجر ولا ضمان عليه) يعني اذا أخرجه من التنور ثم احترق هذا اذا كان يخبر في منزل المستأجر

غير فعله قالوا لا أجر ولا ضمان عليه الى هنا فقط أصل الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير أما عدم الضمان لانه عكس لا يضمنه
 وأما وجوب الاجر فلا نه أو في عمله وصار الخبز منتفعاً به فصح التسليم اه قوله في الهداية وهذا عند أبي حنيفة قال الاتقاني أي عدم
 الضمان على المخيار اذا احترق الخبز بعد اخراجه من غير فعله هو مذهب أبي حنيفة أما عندهما فعليه الضمان أقول في الجامع الصغير
 أطلق الجواب بعدم الضمان ولم يذكر الخلاف وكذا لم يذكر في شروح الجامع الصغير بل قالوا لا ضمان عليه مطلقاً فعن هذا
 قالوا الجواب في الجامع الصغير بخبري على عمومهما أما عند أبي حنيفة فلا ضمان عليه لانه لم يملك من صنعه وأما عندهما فلا ضمان عليه
 التسليم وانما ذكر الخلاف التذوي في شرحه لمختصر الكرخي برواية ابن سماعة عن محمد قال واذا أخرجه من التنور فوضعه وهو يخبر
 في منزل المستأجر وقد فرغ فان استغرق من غير ضمانه فلا أجر ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة لانه فرغ من العمل وصار مسلماً له

بأخراجه من التنوير لأنه في ملك المستأجر وهلاك الشيء من غير عمل الأجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده فأما قول من يضمن الأجير المشترك فإنه يضمن له دقيقا مثل الدقيق الذي دفعه إليه ولا أجر له فإن شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزا وأعطاه الأجر وذلك لأن قبض الأجير المشترك عندهما مضمون فلا يبرأ منه بوضعه في منزل مالكه كما لا يبرأ من ضمان المغصوب بذلك فإذا وجب عليه الضمان صار صاحب الدقيق بالخيار إن شاء ضمنه دقيقا وأسقط الأجر لأنه لم يسلم له العمل وإن شاء ضمنه خبزا صار العمل مسلماته فوجب عليه الضمان الأجرة قال ولا أضمنه الخطب والمخ لأنه صار مستهلكا قبل وجوب الضمان فوجب عليه الضمان ولا قيمة له اهـ (قوله ولو احترق قبل أن يخرج به) قال الاتقاني وإنما قيد بدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الإخراج من التنوير لأنه إذا احترق قبل الإخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا ألا ترى إلى ما قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسدي في باب من استأجر أجير العمل في بيته وإن احترق الخبز في التنوير قبل أن يخرج به فإن أبا حنيفة قال في هذا هو ضمان لأنه مما جنته يداه بتقصيره بالقلع من التنوير فإن ضمنه قيمته مخبوزا أعطاه الأجر وإن ضمنه دقيقا لم يكن له أجر لأنه إذا ضمنه (١١٠)

لأنه بمجرد الإخراج صار مسلما إليه إذا المنزل في يده فيستحق الأجر بوضعه فيه ولا يجب عليه الضمان إذا هلك بعد ذلك بالاجتماع لأنه هلك بعد التسليم ولو احترق قبل أن يخرج به أو سقط من يده قبل الإخراج فاحترق لا يستحق الأجر له لا قبل التسليم ولا بعده قبل الإخراج لاقية له بخلاف ما إذا خاط الثوب في منزل صاحب الثوب حيث يستحق الأجر بخياطة بعضه وإن هلك قبل التسليم على ما ذكره الجماعة لأن ذلك قدر له قيمة وينتفع به فيستحق الأجر بحسابه وإنما يضمن لأنه هلك بعد التسليم لأنه يصير مسلما بالإخراج على ما ذكرنا وهذا بالاجتماع ولو احترق في التنوير قبل الإخراج قال في النهاية يضمن لأنه جناية يده وإن كان الخبز مخبوزا في منزل نفسه لا يستحق بالإخراج من التنوير المطالبة به لأنه لا يصير الخبز بمجرد الإخراج مسلما إلى صاحبه لأن المنزل ليس في يده فلا بد من التسليم الحقيقي بخلاف ما إذا خبز في منزل المستأجر على ما ذكرنا ولو هلك هنا قبل التسليم إلى صاحبه لا يستحق الأجر لعدم التسليم الحقيقي ولا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجب الضمان لأن المتاع عنده في يد الأجير المشترك أمانة وعندهما مضمون ثم إذا صار ضمانا فالملك بالخيار إن شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا أجر له وإن شاء ضمنه قيمة الخبز وأعطاه الأجر ولا يجب عليه ضمان الخطب والمخ لأن ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحين ما وجب الضمان كان رمادا قال رحمه الله (ولو طبخ بعد الغرق) أي للطباخ أن يطبخ الأجرة بعد ما غرق الطبخ لأن الغرق عليه هذا إذا كان يطبخ لأول مرة وإن كان يطبخ قدرا خاصة لأهل البيت فليس عليه الغرق لأن العادة لم تجرب به والمعتبر هو العادة في موضع النص فيه قال رحمه الله (ولبيان بعد الإقامة) أي إذا استأجره ليضرب له لبنا في أرضه استحق الأجر إذا أقامه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يستحق حتى يشرجه لأن التشريع من تمام عمله لأنه لا يؤمن عليه من الفساد قبله فصارت التشريع كإخراج الخبز من التنوير ولأنه هو الذي يتولا عادة والمعتاد كالشروط وقولهما استحسان لأبي حنيفة رحمه الله وهو القياس أن العمل قد تم بالإقامة والانتفاع به يمكن والتشريع عمل زائد عليه كالنقل إلى موضع البناء بخلاف ما قبل الإقامة لأنه طين منتشر وبخلاف الخبز لأنه غير منتفع به

قيمة دقيقه لم يصل العمل إليه لأصورة ولا معنى فلم يستحق الأجر وهذا قول أبي يوسف ومحمد إلى هنا لفظه في شرح الكافي اهـ (قوله فاحترق لا يستحق الأجر) في المبسوط وهو ضمان اهـ (قوله على ما ذكره الجماعة) أي خلافا لصاحب الهداية على ما تقدم في الصفحة الماضية من الشرح اهـ (قوله فلا بد من التسليم الحقيقي) أي ليخرج من ضمانه اهـ (قوله ولو هلك هنا) أي في منزل نفسه اهـ (قوله في المتن والطباخ بعد الغرق) أراد بالغرق وضع الطعام في القصاص اهـ (قوله هذا إذا كان يطبخ لأول مرة) قال الاتقاني والوليمة طعام العرس والوكيرة طعام البناء

والخمس طعام الولادة وما تطعمه النفساء نفسها آخرسة وطعام الختان عذار وطعام القادم من سفره نقبحة وكل طعام قبل صنع لدعوة مأدبة ومأدبة جميعا ويقال فلان يدعو النقرى إذا خص وفلان يدعو الجفلى أو الاجفلى إذا عم قاله القتيبي وغيره (قوله أن العمل قد تم بالإقامة) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره وإذا استأجره ليضرب له لبنا في ملكه أو في شيء هو في يده فإن رب اللبن لا يكون قابضا حتى يحلف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة رحمه الله لا اختلاف عنه في ذلك وعند أبي يوسف ومحمد حتى يشرجه فإن هلك اللبن قبل الحلف الذي حلفه كل واحد منهم في قوله فلا أجر له وإن كان بعده فلا أجر وإن كان ذلك في غير يده ولا في ملكه لم يكن له الأجر حتى يسلمه منه وباعده أبي حنيفة ومشرجا عند أبي يوسف ومحمد إلى هنا لفظ الكرخي قال في شرح الطحاوي والتسليم هو أن يخلى بين المستأجر وبين اللبن ولكن في أي وقت يصح التسليم عند أبي حنيفة إذا أقامه وعندهما ما لم يشرجه لم يصح التسليم اهـ اتقاني قوله ما لم يشرجه وتشريع اللبن تنصيده وضم بعضه إلى بعض اهـ اتقاني (قوله والانتفاع به ممكن الخ) ألا ترى أنه يؤخذ من ذلك المسكان فيمن به فصار الخبز بعد الإخراج اهـ غاية (قوله كالنقل إلى موضع البناء) أي فانه غير واجب عليه اهـ قال الاتقاني وقولهما لا يؤمن عليه الفساد

ضعيف لان العين صارت منتفعه بما لا يعتبر بالطاريء بعد ذلك من أسباب الفساد كما بعد التثريب (قوله في المتن ومن لعله أثر في العين الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره ولجميع من ذكرنا يعني من الصباغ والخيوط والقصار والنجار والاسكاف وسائر الصانع أن يحبسوا ما في أيديهم مما لهم العمل فيه أو مما عدا حتى يقبضوا الأجر (١١١) وليس المستأجر قبض ذلك حتى يدفع

الأجر ونزله المبيع بحسبه البائع حتى يستوفي الثمن وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والحسن بن زياد وأما الحال والحال والملاح يستأجر على حل شيء فليس لهم حبس ما جاوره لانه لا عمل لهم فيه قائم ولا تأثير وقال محمد فان حبس الحال المتاع في يده فهو غاصب وقال أبو يوسف في الحال يطلب أجرة بعد ما بلغ المنزل قبيل أن يضعه فليس له ذلك الى هنا لفظ الكرخي اه اتفاق (قوله والاصح أن له حق الحبس الخ) قال خير الدين قاضيهان وأما القصار اذا قصر الثوب هل له حق الحبس لاستيفائه الأجرة قالوا ان ظهور أثر عمله في الثوب باستعمال النشاحيه أو بالدق كان له حق الحبس وان لم يكن عمله الا الغسل لا يكون له حق الحبس لان البياض كان موجودا في الثوب ومنهم من قال له حق الحبس على كل حال وشرو الخبز لان البياض وان كان موجودا في الثوب الا أنه كان مستورا وقد ظهر بعماله فكان له حق الحبس كذا ذكر في شرح الجامع الصغير وهذا اذا كان عمله

قبل الإخراج وغرة الخلاف تظهر فيما اذا فسد بالمطر ونحوه بعدما أقامه فعنده يحبس الأجر وعندهما لا يجب اذا هلك قبل التثريب هذا اذا لم يكن في أرض المستأجر لانه يصير مسلما اليه بالاقامة أو بالتثريب على اختلاف الاصلين وان ابن الأثير في أرض نفسه لا يستحق حتى يسلمه وذلك بالعدب الاقامة عنده وعندهما ما بالعدب التثريب وقد ذكرنا نظيره في الخبر قال رحمه الله (ومن لعله أثر في العين كالصباغ والقصار يحبسهم الأجر) أي يحبس العين للأجر حتى يستوفيه لان المعقود عليه وصف في المحل فكان له حق الحبس لاستيفاء البذل كافي المبيع وذكر في النهاية أن القصار اذا ظهر عمله باستعمال النشاح كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله الا إزالة الدرن اختلافه وافيته والاصح أن له حق الحبس على كل حال لان البياض كان مستورا وقد ظهر بعماله بعد ان كان هالكا بالاستتار فصار كأنه أحدثه فيه بالانظار وعزاه الى شرح الجامع الصغير لقاضيهان وقال زفر رحمه الله ليس له أن يحبس العين فيما عمله أثر لان المعقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بما له فسد حق الحبس به لان الاتصال على كونه فصار كالتبضع بيده ألا ترى أنه لو أمر شخص بأن يزرع له أرضه حنطة من عنده فرضا فزرعها بالمأثور صار قابضا باتصاله على كونه فصار كالتبضع في بيت المستأجر قلنا اتصال العمل بالمحل ضرورة إقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الأثر في المحل اذ لا وجود للعمل الا به فكان مضطرا اليه والرضا لا يثبت مع الاضطراب كصاحب العاودا في السفلى لا يكون متبرعا راضيا به لانه مضطرا اليه وليس هذا كصبغة في بيت المستأجر لان العين فيه في يد المستأجر لقيام يده على المنزل ويمكن العامل أن يحرر عنه بأن يعمل في منزل نفسه فلم يكن مضطرا اليه فيكون راضيا بالتسليم مع امكان التحرر عنه فيبطل حقه في الحبس نظيره اذا سلم المبيع برضاه ليس له أن يسترده ونظيره الاول اذا قبضه المشتري بغير رضاه كان البائع أن يسترده ونظيره هذا الخلاف الوكيل بالشراء اذا انقضى الثمن من عنده كان له أن يحبس المبيع عن الموكل حتى يوفي الثمن لانه مضطرا في نقده من عنده وعند زفر ليس له أن يحبس لان يدا الوكيل يدا الموكل فكان في يده بقبض الوكيل قلنا انه مضطرا في هذا القبض فلا يمكن التحرر عنه اذ لا يقدر أن يقبض المبيع على وجه لا يقع في يدا الموكل فلا يسقط حقه في الحبس بذلك قال رحمه الله (وان حبس فضاغ فلا ضمان ولا أجر) لان العين أمانة في يده على ما بين وله أن يحبسها بالاجرة ثم عا فلا يكون بدمته فلا يجب عليه الضمان به ولا يجب له الأجر لان المعقود عليه هالك قبل التسليم وذلك يوجب سقوط البذل كالمبيع اذا هلك قبل القبض وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن العين لانها كانت مضمونة عليه قبل الحبس عندهما فلا يسقط ذلك بالحبس ثم اصحاب العين الخيام ان شاء ضمنه قيمة العين غير معمولة ولا أجر له لان العمل لم يصير مسلما اليه وان شاء ضمنه قيمتها معمولة وعمله الأجر لان المبيع وعمل العمل صار مسلما اليه بتسليم يده اليه قال رحمه الله (ومن لا أثر له كالحال والملاح لا يحبس الأجر) لان المعقود عليه نفس العمل وشروطه يفتي ولا يتصور بقاؤه ولا له أثر يقوم به شامه في تصور حبسه بخلاف راد الأثر فانه يحبس على الجمل وان لم يكن لعمله أثر لانه كان على شرف الهالك فاحياء بالردة فكانه باعه من مولاه فكان له حق الحبس واختلافه في غسل الثوب حسب اختلافهم في القصار بلا نشا وقد يشاه من قبل قال رحمه الله (ولا يستعمل غيره ان شرط عمله بنفسه) أي ليس الأجير ان يستعمل

في ذلك أما اذا خاط الخياط أو صبغ الصباغ في بيت المستأجر فليس له حق الحبس كذا في الخلاف المتأوى اه الثاني (قوله في المتن ومن لا أثر له كالحال) يروي قوله كالحال بالحال والجسم جميعا والجسم جميعا والجسم جميعا كذا في المتن (قوله في المتن) مرأنا والاولى أن يروى هنا بالحال لان الجمل يجوز أن يقع على الظاهر وعلى الدابة فيكون أهم من لفظ الحال بالجسم فكان أولى اه اتفاق (قوله في المتن ولا يستعمل غيره ان شرط عمله بنفسه) ونقل عن الامام حميد الدين النفس يراى ضرورة المسألة فيما اذا قال الخياط

فلا على أن يعمل بنفسه أو يبدل أساذا قال على أن يعمل فهو مطابق اه غاية (قوله في المتن وإن أطلق كان له أن يستأجر غيره) لأن المطابق ينصرف إلى المقادير المتعارفة فيما يشترط والصانع يعملون في العادات بأنفسهم وبأجرائهم فكان له أن يعمل بنفسه وأجره وهذا لأن المعقود عليه مطلق العمل في الخدمة وذلك موجود في فعله وفعله غير فيجوز أن يوفيه باستعانة غيره كما في إيفاء الدين اه اتقاني (قوله في المتن ولا أجر لحامل الكتاب الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وهو ورثه فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل استأجر رجلا لينذهب بكتابه إلى البصرة إلى فلان ويحجي ويجوابه فذهب فوجد فلا نقدمات فرد الكتاب قال لا أجر له وقال محمد بن الأجر في الذهاب إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير ولم يذكر محمد قول أبي يوسف وقال في المصنف والخلفاء ذكر أبو الليث قول أبي يوسف مع محمد وغيره مع أبي حنيفة وذكره في كتاب التقريب (١١٣) ونظر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة

غيره إذا شرط عليه أن يعمل بنفسه لأن المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما إذا كان المعقود عليه الخدمة بأن استأجر رجلا شهرا للخدمة لا يقوم غيره مقامه في الخدمة ولا يستحق به الأجر لأنه استيفاء للخدمة بلا عقد له من المعقود عليه لذلك قال رحمه الله (وإن أطلق كان له أن يستأجر غيره) لأن الواجب عليه عمل في ذمته ويمكنه الإيفاء بنفسه وبالاستعانة بغيره كالأموال بقضاء الدين قال رحمه الله (وإن استأجره ليحجي بجوابه فذهب فوجد فلا نقدمات فرد الكتاب قال لا أجر له وقال محمد بن الأجر في الذهاب إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير ولم يذكر محمد قول أبي يوسف وقال في المصنف والخلفاء ذكر أبو الليث قول أبي يوسف مع محمد وغيره مع أبي حنيفة وذكره في كتاب التقريب (١١٣) ونظر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة

وقال خسر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير واختار المشايخ في قول أبي يوسف والأصح أن قوله كقول أبي حنيفة رضي الله عنه وأجمعوا أنه لو ترك الكتاب عنه ولم يرد إلى المرسل يستحق أجر الذهاب وأجمعوا أنه لو ذهب إلى البصرة ولم يحمل الكتاب لا يستحق الأجرة وأجمعوا أنه لو استأجر رسولاً ليلبغ الرسالة إلى فلان بالبصرة فذهب ولم يجد فلا نأفاه يستحق الأجر إلى هنا لفظ قاضي خان والأصل هنا أن المعقود عليه إذا انتقض بطل الأجر بالانقضاء ولكن الخلاف في أن الأجر مقابل بإيصال الكتاب إلى المكتوب إليه أم مقابل بحمل الكتاب وقطع المسافة به فقال محمد أنه مقابل بقطع المسافة بالكتاب لا بحمل الكتاب

وجوابه إلى الكتاب لأن حمله يسير لا يقابل به البذل غالباً بخلاف مؤنته ثم قطع المسافة وقع في الذهاب المستأجر فوجب ببغداد أجزال الذهاب ولم يقع قطعها في العود المستأجر فلم يجب أجره وذلك لأنه أوفى بعض المعقود عليه دون البعض فوجب الأجر بحسب ذلك كما لو استأجره على حمل طعام إلى البصرة فعمل بعضه ووجه قوله ما أن المقصود من الاستئجار على حمل كتاب إلى فلان بالبصرة هو إيصال الكتاب إليه لا حمله وإنما الحمل وسيلة إليه والأجر يقابل بما هو المقصود من العقد دون الوسيلة فإذا ردت الكتاب ولم يوصله إلى المكتوب إليه فقد أبطل عمله قبل التسليم فلا يستحق كالأجر خياط الخياط له ثوباً فباطله ثم فقد لا يجب له الأجر لأنه انتقض عمله فكذلك إذا صار كمن استأجر رجلاً على حمل طعام إلى فلان بالبصرة فعمله ثم رده إلى بغداد فلا أجر له فاشبه ما إذا كان المكتوب له حياً ولم يوصله إليه بخلاف ما إذا ترك الكتاب عنه حيث يجب له أجر الذهاب إذ لم ينقض عمله بل أتى بما في وسعه وإمكانه اه اتقاني (قوله في المتن ولا لحامل الطعام) هذه المسئلة متفق عليها بخلاف التي قبلها قال الاتقاني وهذه أي مسئلة حمل الطعام في قول علمائنا الثلاثة (قوله وكذا لو استأجر رسولاً لا الخ) قال

الاتقاني ولوا استأجر علي بن ربيعة رسالة الى فلان بالبصرة فذهب الرجل فلم يجد المرسل اليه أو وجدته لكن لم يبلغ الرسالة فرجع فله الاجر والفرق بين الرسالة والكتاب أن الرسالة قد تكون سر الا يرعى المرسل بأن يطلع عليه غيره أما الكتاب فمختوم يعني لو ترك الكتاب مفتوحا لا يطلع عليه غيره قال الشيخ الاهام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله لا نسلم فصل الرسالة هو والكتاب سواء فأما في الطعام اذا رجع بالطعام وهلك في الطريق لا يضمن عنه أحدهما بل الثلاثة كذا في الخلاصة اهـ

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

(قوله ولغيرها) أي كوضع الامتعة اه (قوله وكسر الخطب) سيأتي بعد أسطر اه (١١٣) (قوله وانما هذا الجواب بناء على

عرفهم الخ) قال الاتقاني
فان كان في الدار موضع
معدن لط الدواب كان له ذلك

والإفلاحة من ديار إلى إفساد

الدارا ذر يط الدواب في موضع

الكفيل (قوله)

في المتن يمكن فتح الماء

من الثلاثي الجوز فمكون

محمد بن عبد الله بن محمد

حَدِّدُوا أَوْقَعَارًا وَطَعَانًا عَلَى

المالوف في هذا

aus der Kuppel

تطابق الدلالة ويحذف الضم

السلامة والكفاءة

و ان شاء الله تعالی

مجلس شورای ملی

[Handwritten signature]

طريق الإشارة إلى العالم

بزرگان مسکن غمر و لافه بوش

الناس في كنفهم

Lobelia inflata

الله، حاصل في كتاب في سنة

عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم

مجلس شورای اسلامی

وَأَمَّا قُلُوبُنَا إِنَّا لِلْأُولَىٰ أَبْصَارٌ

السلامة العامة

والأشياء كما هي في الطريق

متن کتابی است که در آن...

وكان ذلك وان كان

تَبَّ كَاهِنٌ وَافٍ إِلَى اللَّهِ

باسمہ تعالیٰ

SECRET

لا يملك بالذات

يبتعد فلم يجد فلانا وعاد فله الاجر لان الاجر يقطع المسافة لانه في وسعه وأما الاسماع فليس في وسعه فلا يقاومه الاجر والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال رحمه الله (صح اجارة الدور والحواريات بلا بيان ما يعمل فيها) والقياس أن لا يجوز حتى يبين ما يعمل فيها لان الدار تصلح للسكنى واغبرها وكذا الحواريات تصلح لاشياء مختلفة فينبغي أن لا يجوز ما لم يبين ما يعمل فيها كاستجار الارض للزراعة والسياب للبس ووجه الاستحسان أن العمل المتعارف فيها السكنى ولهذا تسمى مسكننا فينصرف اليها لان المتعارف كالشرط ولانها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فيجاز اجارتها مطلقا بخلاف الارض والسياب فانها تختلفان باختلاف المزرع والاديس فلا بد من البيان قال رحمه الله (وله أن يعمل فيها كل شيء) لما ذكرنا انها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فيجاز له أن يعمل فيها ما شاء عند الإطلاق وله أن يسكن غيره هه أو منفردا لان كثرة السكان لا تضر به بل تزيد في عمارتها لان خراب المسكن بتركه السكن وله أن يضع فيها ما يده حتى الحيوان لانها من غمام السكنى وله أن يعمل فيها ما يده من العمل كالنضوء والغتسال وغسل الثياب وكسر الخطب لان ذلك كله من نواجع السكنى وبه تتم السكنى وذكر في النهاية أنه لا يدخل الدواب في عرفنا لان المنازل بجفاري تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لادخال الدواب وانما هذا الجواب بناء على عرفهم في الكوفة قال رحمه الله (الا أنه لا يسكن حذادا أو قصارا أو طمعانا) لان في نصب الرما واستعمالها في هذه الاشياء ضرر اظهر لانها توهم البناء فيتقيد العقيد بما وراءها دلالة والمراد بالرجاء المأوى والشور وأما حاله فلا يمنع من النصب فيها لان هذا لا يضر بالبناء وهو من نواجع السكنى عادة فلا بد منه وعلى هذا تكسير الخطب المعتاد للعاج ونحوه لانه لا يوهن البناء وان زاد على العادة بحيث يوهن البناء فليس له ذلك الا برضا صاحب الدار وعلى هذا ينبغي أن يكون الدق على هذا التفصيل فان القليل منه لا يستغنى عنه وقد جرت العادة بأن يدق أهل كل دار ما هم في منازلهم ولا يوهن ذلك التسديد منه البناء فاصله ان كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها الا باذن صاحبها وكل ما لا ضرر فيه جاز له مطلقا العقد واستحقاقه ولو أقيم الحداد وانهدم البناء بعد وجوب عليه الضمان لانه ممتعة فيها ولا أجر عليه لان الضمان والاجر لا يجتمعان وان لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا والقياس أن لا يجب لان هذا العمل غير داخل تحت العقد والحال فيه قبل العقد وبعد سواء وجه الاستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة وأخواتها السكنى وزيادة فيكون مستوفيا للعقد عليه فيجب عليه الاجر بشرط السلامة وهو قليل

(١٥ - زباجي خامس) الارلى قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في مريح السواني واذا استأجر بقاء على أن يتعهد فيه قصارا

فإن أراد أن يثبت فيه اعتقاداً فلهذا أن كان مضمراً ما واحداً أو مضمراً لاعتقاد أقل لا يلائم مع مضمراً أو فلو كان كذلك وإن كان كذلك

ممنوعاً لم يكن لذلك الحقنى الضرر وكذلك الرضى والمسلم والحري والمستامن والحر والمملوك الناجي والمكاتب كاهن - وما فى الاجازة

عقدت وتوصل به الى إقامة المصالح الدنياويه وكل واحد من هؤلاء اتيان إقامة مصالح دنيا ولا ينفرد بمشروع مجاهد وكل واحد منهم يقاتل الجاهل اذ

أما في روجه الله (قوله ولا يلهي عنه) وفي الحديث وروى البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقدر على شيء من هذه الأعمال إلا ما يشاء الله تعالى

(فوق العشرة) من

(قوله ولو اختلف المؤجر والمستأجر في اشتراط ذلك) أي فقال المستأجر استأجرتم المدة والآن جبر يقول السكنى دون المدة اه
(قوله أو يقول على أن يزرع الخ) أما إذا قال على أن يزرع فيها ماشاء جاز العقد بلا بيان النوع لان عدم الجواز كان لدفع الضرر فإذا رضى
صاحب الأرض بذلك جاز لان المنفعة في جميعه معلومة ثم لما جاز استئجار الأرض للزراعة وصح دخول الشرب والطريق لان الاجارة تعقد
للاستمتاع ولا انتفاع بالأرض إذا لم يدخل الشرب والطريق فيدخل الانتفاع بخلاف ما إذا باع الأرض أو البت حيث لا يدخل
الطريق والشرب الا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو يقول بكل قليل وكثير هو فيه أو منه وهذا لان المقصود من البيع هو تلك
الرقبة لا الانتفاع بعينها ولهذا يجوز بيع الخش الذي لا ينتفع به في الحال ويجوز بيع الأرض السبخة ولا يجوز اجارتها

لعدم الانتفاع وقد صرح بيانه
في باب الحقوق وهو المراد
من قوله وقد صرح في البيوع
قال الفقيه أبو الليث في
شرح الجاسع الصغير وكان
الفقيه أبو جعفر يقول اذا
كانت الاجارة في بلدنا
فالشرب لا يدخل في الاجارة
بغير شرط لان الناس يتولون
بالماء على الانفراد فلا يجوز
أن يدخل فيها الا بالشرط
وقال الامام الاسيحا في
شرح الطحاوي ومن استأجر
حافونا ولم يسم ما يعمل فيه
فله أن يعمل فيه ما يدا له (قوله
ولو زرعهما بعد ذلك) يعني
نوعا من الانواع ومضت المدة
ففي القياس يجب أجر المثل
لانه استوفى أجر المثل بحكم
عقد فاسد فلا ينقلب الى
الجواز اه كاكى (قوله
وينقلب العقد صحيحا) أي
لان المقصود عليه صار معلوما
بالاستعمال لما أن الاجارة
تتقد ساعة فساعة على
حسب حدوث المنفعة

مالوا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل عليها أحد عشر وسملت الدابة فانه يجب عليه الاجر كذا
هذا ولو اختلف المؤجر والمستأجر في اشتراط ذلك كان القول للمؤجر لانه لو أنكر الاجارة كان القول له
فكذا اذا أنكر نوعا من الانتفاع ولو أقام ما بينة كانت بينة المستأجر أولى لانها تثبت الزيادة قال رحمه
الله (والأراضي للزراعة ان بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع فيها ماشاء) لان منفعة الأرض مقصودة
وقد جرت العادة باستئجارها للزراعة من غير تكبير فانه قد الاجاع عليها غلا غير أن ما يزرع فيها متفاوت
فنه ما يفسد الأرض ومنه ما يصلحها فلا بد من بيانها أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء كى لا يفضى الى
المنازعة ولو لم بين ما يزرع فيها ولم يقل على أن يزرعها ماشاء فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعهما بعد ذلك
لا تعود صحيحة في القياس كما اذا اشترى بخرم أو خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد
صحيحا لان المقصود عليه صار معلوما بالاستعمال لان الاجارة تنقد ساعة فساعة على حسب حدوث
المنافع والفساد كان لاجل الجهالة فإذا ارتفعت في وقت الزراعة كفى وصار كأن الجهالة لم تكن فعدت
صحيحة ولهذا الواستأجر ثوبا ولم يبين اللابس ثم ألبس شخصاً عادت صحيحة لما ذكرنا والمستأجر الشرب
والطريق لان الاجارة تنقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة دون
الانتفاع في الحال ولهذا جاز بيع الخش والأرض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق على
ما صرح في البيوع قال رحمه الله (وللبناء والغرس) أي جاز استئجار الأرض للبناء والغرس الاشجار لانها
منفعة معلومة تقصد بعقد الاجارة عادة فتصح كالمواستأجرها للزراعة قال رحمه الله (فان مضت المدة
قلعهما أو سلها فارغة) أي اذا مضت مدة الاجارة قلعهما البناء والغرس وسلم الأرض الى المؤجر فارغة لانه
يجب عليه تسليمها الى صاحبها غير مشغولة ببنائه وغرسه وذلك بقولهما في الحال لانهم ماليس لهما حالة
منتظرة ينتهيان اليها وفي تركهما على الدوام بأجر أو بغير أجر يتضرر صاحب الأرض فيتعين القلع
في الحال بخلاف ما اذا استأجرها للزراعة فانقضت مدة الاجارة والزرع لم يدرك حيث يترك الزرع على
حاله الى أن يستحصد بأجر المثل لان له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين فيه وبخلاف ما اذا مات أحد
المتعاقدين في المدة والزرع لم يدرك حيث يترك بالمسمى على حاله الى أن يستحصد الزرع وان بطلت الاجارة
به لان للزرع نهاية على ما بينا فاذا وجب تركه لدفع الضرر كان تركه بالمسمى وابقاؤه على ما كان أولى اذ
لا فائدة في نقض العقد واعادته على ما كان بخلاف ما اذا غصب أرضا وزرعها حيث يؤمر بالقلع وان كان له
نهاية لان ابتداء فعله وقع ظلما والظلم يجب اعدامه لا تقري به والمستعير كالمستأجر حتى اذا رجع المعير قبل
أن يستحصد الزرع يبقى بأجر المثل الى أن يستحصد دفع الضرر عنهم ما ورعاية لحقهما والقياس أن يقلع

والفساد كان لاجل الجهالة فإذا ارتفعت كان الارتفاع في هذه الحالة كالارتفاع وقت العقد فيعود جائزا وكذا لو
استأجر ثوبا باللبس ولم يبين اللابس لا يجوز لتفاوت الناس في اللبس فان عين اللابس بعد ذلك يجوز استحصان بالماذ كونا كذا في الذخيرة
وجامع قاضيان اه كاكى (قوله والقياس أن يقلع الخ) وحاصل ذلك أن في حق البناء والغرس اتحاد الجواب في الصور الثلاث وهي
الاجارة والعارية والغصب حيث يجب عليهم القلع والتسليم فارغا وفي الزرع اختلف الجواب ففي الغصب يلزم القلع على الغاصب في الحال
لانه متعدي في الزراعة وفي الاجارة يترك الى وقت الادراك استحصانا بأجر المثل وفي العارية المؤقتة وغير المؤقتة لا يأخذها صاحبها الى أن
يستحصد الزرع استحصانا لانه ما كان متعديا في الزراعة بجهة العارية ولا ادراك الزرع نهاية معلومة فيترك قالوا وينبغي أن يترك بأجر المثل
كفا في الاجارة نظر الجانبين الكل من المبسوط اه كاكى

(قوله في المتن وان أطلق أركب وألبس من شاء) اعلم أولاً أنه إذا استأجر دابة للركوب ولم يسم من يركبه لا تصح الاجارة وكذا إذا استأجر ثوباً للباس ولم يبين من يلبسه وكذا إذا استأجر قدر الطبخ ولم يسم ما يطبخ فيها وكذا إذا استأجر أرضاً للزراعة ولم يسم ما يزرع فيها وقد روي بذلك عن شرح الطحاوي عند قوله ويجوز استئجار الأرض للزراعة فيه بذلك ان قال قائل كيف قال القسدي ههنا فان أطلق الركب جاز له أن يركب من شاء قلت المراد من الاطلاق التعميم في الاجارة بدون التقييد بركوب شخص بان قال آجرتكها على أن يركب من شئت ولهذا قال في شرح الاقطع وهذا الذي ذكره انما يريد به اذا وقع (١١٥) العقد على أن يركب من شاء وذلك لانه

اذا أطلق الركب فمقتد الاجارة فاسد لان الركب يختلف اختلافاً كثيراً فصار الركب بان من شخصين كالجنسين فيكون المعقود عليه مجهولاً فلا يصح العقد فان قال تركب من شئت صح العقد وان لم يسم شخصاً بعينه لانا انما منعنا من صحة لما لحق المالك الضرر الذي يحصل في بعض الركوب فاذا رتب به صار المعقود عليه معلوماً بخلاف كفاي الأرض اذا قال على أن يزرع فيها ماشاء ثم اذا فسدت الاجارة في اطلاق الركوب واستعملها قبل الفسخ ينعين أول الركاب وكذا في الثوب ونحوه اهـ انتهى (قوله أو بان يشترط أن يفعل ماشاء الخ) ولو استأجر قبضاً يلبسه الى الليل فوضعه في منزله حتى جاء الليل فعليه الاجر كاملاً لان صاحبها ممكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب اليه وما زاد على ذلك ليس في وضعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لان العقد

في الصور كلها لان الأرض ملك فلا تؤجر بغير إذنه كفاي البناء والغرس ووجه الاستحسان وهو الفرق بين البناء والغرس وبين الزرع قد بيناه قال رحمه الله (الأن يفرم له المؤجر قيمته مقابل ما يتملكه) يعني عند مضي المدة يجب عليه قلع البناء والغرس على ما بيناه إلا أن يفرم له المؤجر قيمة البناء أو قيمة الغرس مقابل ما إذا كانت الأرض تنقص بالقلع لان الواجب دفع الضرر عنهما فإذا كانت أرضه تنقص بالقلع تضرر به فكان له دفع هذا الضرر بدفع القيمة الى المستأجر ويوفرده لان المستأجر لا يتضرر بذلك اذ الكلام في مستحق القلع والقيمة تقوم مقامه وان كانت الأرض لا تنقص بالقلع وأراد أن يضمن له قيمته ويكون له البناء فليس له ذلك الا برضا صاحبه لاستوائهم ما في ثبوت المالك وعدم ترجيح أحدهما على الآخر فلا بد من اتفاقهما في الترك بخلاف القلع حيث يفرده أحدهما في هذه الحالة دون الآخر على ما بيناه في المارية قال رحمه الله (أو يرضى بتركه ويكون البناء والغرس لهذا أو لأرض لهذا) لان الحق لأرب الأرض فاذا رتبى باستمراره على ما كان بأجر أو بغير أجر كان له ذلك قال رحمه الله (والرطوبة كالشجر) لان الرطوبة لانهاية لها كالشجر فتقلع عند انتهاء مدة الاجارة كما يقلع الشجر قال رحمه الله (والزرع يترك بأجر المثل الى أن يدرك) أي يترك الزرع بأجر المثل اذا انقضت مدة الاجارة قبل ادراكه لان له نهاية معلومة وقد ذكرناه ونظائره والفرق بينه وبين البناء والغرس أن البناء والغرس (والدابة للركوب والحمل والثوب للباس) يعني يجوز استئجار هذه الاشياء لما ذكرنا لان لها منافع معلومة ويعتمد استئجارها بخلاف كسائر الاعيان المعهودة قال رحمه الله (وان أطلق أركب وألبس من شاء) أي ان أطلق له الركوب أو اللبس جاز أن يركب الدابة ويلبس الثوب والمراد بالاطلاق أن يقول على أن يركبها من شاء أو يلبس الثوب من شاء لانه يختلف باختلاف الركاب واللباس فلا يجوز الا بالتعيين أو بان يشترط أن يفعل ماشاء على نحو ما ذكرنا في الزراعة اذ كل واحد منهما مختلف فلا فرق بينهما وهذا لان الركوب والحمل واللبس يختلف كل واحد منهما اختلافاً فافاضاً هذا النوعين له فيها وخالف بعض من اذا ملك العين ولا أجر له كفاي الزراعة وذكر هذا المعنى في المبسوط وفي النخبة وشرح الطحاوي والمغني وذكر التاويل الذي ذكرناه في الكافي وفي الخلاصة ولولم يبين ولم يقل أن يفعل فيها ماشاء فسدت الاجارة للجهة التي قلو أركبها أو ركب بنفسه أو ألبس أو لبس وجب عليه السمي استحساناً وفي القياس عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد وجه الاستحسان أن المفسد وهو الجهة التي تدعى الى المنازعة قد زال فيزول النسيب لاننا جعل التعيين في الانتهاء كالتعيين في الاستدعاء ولا ضمان عليه اذا هلكت العين لانه غير متعلق بمدة المخالفة سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف ما اذا عين له من يلبس ومن يركب فألبس أو أركب غيره حيث يضمن لانه صار مخالفاً ولو قال على أن يركب أو يلبس من شاء فأركب غيره أو ركب بنفسه ليس له أن يركب أو يلبس غيره لانه تعين من ادا من الأصل فصار كأنه نص عليه من الاستدعاء ذكره في الكافي قال رحمه الله (وان قيد براكب ولا يلبس فالفسخ) لان التقييد مفيد

انتهى بمعنى المدة والاذن في اللبس كان بحكم العقد اهـ بدائع ومنها استأجرها ليركبها الى موضع عينه فركب الى مكان آخر يضمن اذا هلكت وان كان الثاني أقرب من الأول لانه صار مخالفاً لاختلاف الطريق الى المكان فكان غرضه الاختلاف بالجنس ولا أجره عليه لما قلنا ولو ركبها الى ذلك المكان الذي عينه لكن من طريق آخر ينظر ان كان الناس يسلكون ذلك الطريق لم يضمن لانا لم يصير مخالفاً وان كانوا لا يسلكون يضمن اذا هلكت لانه يصير مخالفاً عاصياً بسلكه وان لم يلك وبغض الموضوع المعلوم ثم يرجع وسلم الدابة الى صاحبها فعليه الاجر اهـ (قوله لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد) وجوب السمي باعتبار جهة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد اهـ

(قوله اتفاوت الناس في الركوب) أي في العلم بالركوب فرب خفيف يكون ركوبه أضر على الدابة لجهله ورب ثقل لا يضر ركوبه بالدابة
عليه اه اتقاني (قوله فيضمن) أي إذا عطب وان سلم لم يجب الأجر أيضا وفي الحانوت ليس له أن يعقد فيه القصار والحداد والطحان
ولو أقعد صار حقا ويضمن قيمته إذا عطب وان سلم يجب عليه الأجرة لأنه لا بد له من العلم بغيره وأنه مما لا يوهن الدار ولا يشبه الدابة
والثوب كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني قوله وان سلم يجب الأجرة أي استحسانا لا قياسا كما قرره الشارح في الورقة الماضية والله
الموفق اه (قوله وعند أبي يوسف هو كاللبس) فلو استأجر فسطاطا ودفعه إلى غيره إجارة أو أعاره فمضيه وسكن فيه فهلك ضمنه
عنده اه (قوله كالشعير والسهم) قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعير إلى مثل الحنطة في الضرر ويرجع قوله والسهم
إلى قوله أقل وليس ذلك بشيء لأن الشعير ليس مثل الحنطة بل أخف منها وله الوشرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة
رطل من الحنطة ضمن إذا عطب (١١٦) فلو كان مثلالها لم يضمن كالوشرط أن يحمل عليها حنطة زبد فحمل عليها حنطة عمر وبذلك

الكييل لم يضمن بل قوله
كالشعير والسهم جميعا
نظير قوله أقل والاصل هنا
مأذ كره القدوري في شرحه
لختصر الكرخي أن من استحق
منفعة متعددة بالعقد
فاستوفى تلك المنفعة أو مثلها
أو أقل منها جاز وان استوفى
أكثر منها لم يجز وذلك لأن
التعيين في العقود يجب حكمه
إذا كان له فيه فائدة وإذا لم
يكن له فيه فائدة سقط
التعيين ألا ترى أنه لو استأجرها
ليحمل عليها قفيزا من حنطة
زيد فحمل عليها قفيزا من
حنطة عمر وهما متساويان
في الصفة جاز لأن الضرر
على الدابة واحد فإذا استأجرها
ليحمل عليها حنطة فحمل
عليها مكيلا آخر ثقله كمثل
الحنطة وضرره كضررها
جاز لأنه استوفى مثل ما سماه

اتفاوت الناس في الركوب واللبس فيعتبر فإذا خالف صار متعديا فيضمن قال رحمه الله (وهو مثله
ما يختلف بالمستعمل) أي يضمن مثله في كل شيء يختلف باختلاف المستعمل إذا كان مقيدا وخالف لما
ذكرنا من المعنى قال رحمه الله (وفيما لا يختلف به بطل تقييده كالموشرط سكنى واحد له أن يسكن غيره)
يعني فيما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدار للسكنى لا يعتبر تقييده حتى إذا شرط سكنى رجل بعينه
في الدار له أن يسكن غيره لأن التقييد لا يفيد عدم التفاوت وما يضر بالبناء كالحدادة ونحوها خارج
بدلالة العادة على ما مر والفسطاط كالدار عند محمد رحمه الله لأنه لا يسكن مثل الدار وعند أبي يوسف رحمه
الله هو كاللبس لاختلاف الناس في نصيبه وضرب أوتاده واختيار مكانه قال رحمه الله (وان سمي نوعا
وقدرا ككثر بر له حمل مثله وأخف لأضر كالمخ) يعني لو سمي نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل كرمين برقله
أن يحمل عليها ما هو مثله وأخف منه في الضرر كالشعير والسهم وليس له أن يحمل عليها ما هو أضر منه
كالمخ لأنه إذا رضى بشيء يكون راضيا بكل ما هو مثله أو دونه دلالة دون ما هو أضر منه والقياس أن يضمن
بالحمل عليها اختلاف الجنس كيفما كان لأنه يتصرف بالامر فليس له أن يخالف ألا ترى أن الوكيل
بالباع بألف درهم لو باع بألف دينار لا ينفذ بيعه وجه الاستحسان أن التقييد انما يعتبر أن لو كان
مفيدا أولا فائدة في هذا المسئلة في التقييد بكر حنطة ومنع كرمين شعير بل الشعير أخف منه فكان
أولى بالجواز حتى لو سمي مقدار من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثل ذلك الوزن ضمن لأن التقييد به
فائدة لأن الشعير يأخذ من ظهرا الدابة أكثر مما تأخذ الحنطة فصار كالموشرط يحمل عليها مثل وزنه تبنا هكذا
ذكره في النهاية وعزاه إلى المبسوط ثم قال ذكر شيخ الإسلام في مبسوطه أنه لا يضمن استحسانا وقال
وهو الأصح لأن ضرر الشعير في حق الدابة عند استوائهم ما وزننا أخف من ضرر الحنطة لأنه يأخذ من
ظهرا الدابة أكثر مما تأخذ الحنطة فيكون أخف عليها بالانبساط قال وبه كان يفتي الصدر الشهيد ولو
حمل عليها مثل وزن الحنطة حسدا أو ملحاً أو آجراً يضمن لأنه يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضرها
أكثر وكذا إذا حمل عليها مثل وزن الحنطة قطناً يضمن لأنه يأخذ من ظهرا الدابة أكثر من الحنطة وفيه
حرارة أيضا فكان أضر عليها من الحنطة فصار كالموشرط يحمل عليها تبنا أو حطباً فصار له أن الشئين متى كان

وكذلك لو استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا سماه فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالأرض فإن استأجرها ليحمل عليها قفيزا
من حنطة فحمل عليها قفيزا من شعير جاز لأن الشعير أقل خفة منه فقد استوفى أقل مما شرط وعلى هذا إذا استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا فزرع
نوعا آخر ضرره أقل من المسمى فإن استأجرها ليحمل عليها قفيزا من شعير فحمل عليها قفيزا من حنطة ضمن لأنه أكثر مما شرط واستحقاق
المنفعة استحقاق لما دونها وليس باستحقاق لما زاد عليها وأما ما تخلف منفعته لا للثقل كمن استأجر دابة ليحمل عليها مائة من من قطن فحمل
عليها مثل وزنه حديدا أو أقل ضمن لأن الضرر ههنا ليس للثقل لكن للجنس ألا ترى أن القطن ينسبط على ظهرها والحديد يجتمع في مكان
واحد وعلى هذا إذا استأجرها ليركبها هو فركبها من هو مثله في الثقل أو أخف ضمن لأن اختلاف الركوب ليس هو بالثقل وإنما هو بالحدق
في الركوب ألا ترى أن ثقل البدن الذي يحسن الركوب لا يضر بالدابة والخفيف الذي لا يحسن الركوب يضر بها كذا ذكره القدوري
في شرحه اه اتقاني (قوله فكان أضر عليها الخ) ولو خالف في القدر بان قال عشرة مخاتيم حنطة فحمل خمسة عشر مخوما فهلك يضمن
ثلث قيمته لأنه في مقدار عشرة مخاتيم موافق لأنه حمل بالأذن وفيما زاد بغير الأذن فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك اه دراية

(قوله في المتن ان عطيت بالارداف ضمن النصف) أي سواء كان أخف أو أثقل اه اتقاني فان قيل ينبغي أن يضمن كل القيمة لأنه كما لو استأجرها لركبها بنفسه وفي مثله لو أركب غيره يجب عليه ضمان كل القيمة وههنا وجد ركاب الغير مع ركوب نفسه فركوبه بنفسه ان لم يوجب عليه زيادة ضمان على ضمان الراكب ينبغي أن لا يوجب نقصان ضمان منه وكذا ينبغي أن لا يوجب عليه الاجران الاجر مع الضمان لا يجتمعان وههنا يجب عليه نصف الضمان فينبغي أن لا يوجب عليه نصف الاجر قلنا نعم لا ينبغي الاجر عند وجود الضمان اذا ملكه بالضممان بطريق الغصب لأنه لا أجر في ملكه وههنا لم يملك به هذا الضمان شيء مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى عقاباً لذلك وانما يضمن ما شغله غيره ولا أجر بمقابلته ذلك ليقط عنه لما بينا أن الضرر في الدابة ليس من قبيل ثقل الراكب وخفته فلهذا توزع الضمان نصفين وهذا هو الجواب عما سأل بقوله فان قيل قد تقرر عليه ضمان نصف القيمة وقد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي ان لا يلزمه نصف الاجر والجواب عن قوله وفي مثله لو أركب غيره يجب ضمان كل القيمة أنه اذا أركب غيره فهو مخالف في الكل واذا ركبها بنفسه فهو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره اه دراية (قوله لان الدابة لا تتلف بالثقل) بل بالجهل بالركوب اه غاية (قوله فعلق الحكم بالعدد) أي عدد الراكب اه وكتب ما نصه الا ان ركوب أحدهم ما أذن فيه وركوب الآخر ليس بأذن فيه فيضمن النصف اه اتقاني وكتب أيضاً ما نصه قال الواجبى بخلاف ما اذا حمل مع نفسه متاعاً فيركب فانه يضمن بقدر ما زاد من الثقل وذلك لان المعتبر في الامتعة الثقل فيضمن بقدر ما زاد من الثقل وليس تفسير ذلك أن يوزن الرجل والحمل حتى يعرف قدر ما زاد على ركوبه لان الرجال لا تعرف بالقبان وانما يعرف بالرجوع الى أهل المعرفة في هذا (١٧٩) الباب فيسألون أن هذا الحمل بأي قدر

في كل واحد من ماضر رفق ضرراً لاخر من وجه لا يستفاد من الاذن في أحدهما الاذن في الآخر وان كان هو أخف ضرراً من وجه آخر قال رحمه الله (وان عطيت بالارداف ضمن النصف) ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفرسية ولان الأذى غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فعلق الحكم بالعدد كالجناية في باب الجنائيات ههنا اذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل الاثنين وان كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها كره في الكافي قالوا ههنا اذا كان الرديف يستمسك بنفسه وأما اذا كان صغيراً لم يستمسك بنفسه يضمن بقدر ثقله وقال في النهاية وقوله عطيت بالارداف تقيده باحتراز عما اذا حمل الراكب على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة لان ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق على الدابة كره في النهاية وقال يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق حملها ما ثم ذكر في المختصر أنه يضمن نصف القيمة ولم يذكر كرم يجب عليه من الاجر قال في النهاية وفي المحيط أنه يجب عليه جميع الاجر اذا ملكت بعد ما بلغت مقصده (١) ونصف القيمة ثم للمالك الخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستأجراً والا فلا قال رحمه الله (وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد) أي

يزيد على ركوبه في الثقل
ليكن ههنا اذا لم يركب على
الحمل فاما اذا ركب على
الحمل يضمن جميع القيمة لأنه
يجمع ثقل الحمل والراكب
في مكان واحد فيصير أشق
للدابة اه (قوله كالجناية
في باب الجنائيات) الجناية
جميع الجسائي كالبلغاة جميع
البائي والفضاة جميع القاذي
اه وكتب ما نصه قال
الاتقاني فيعتبر عدل الراكب
ولا يعتبر الثقل والخفة كما

لا يعتبر في الجراحة كثرتها وقلمها بل يعتبر عدد الجساة حتى اذا جرح أحدهما جرحاً واحدة واحدة والآخر سبع جراحات كان الضمان عليه ما أنصافاً اه يعني اذا جرح واحد انما جرحاً واحدة خطأ والآخر جرحاً اثنين أو أكثر خطأ فالتفاوت الجروح من ذلك فالدية على ما أنصافاً فكذا هنا يعتبر عدل من ركب لا الثقل اه اتقاني (قوله ضمن جميع قيمتها) لانه تعدد اتلافها اه ولا أجر عليه اه اتقاني (قوله ذكره في الكافي) أي وكذا ذكره في البدائع اه (قوله اذا ملكت بعد ما بلغت مقصده) أي لما بينا أنه يجب مقابلة بالمانع وقد حصلت مستوفاة اه ق (قوله ثم للمالك الخيار الخ) عزاد الاتقاني للذخيرة اه وكتب على قوله ثم للمالك الخيار ما نصه في التمهين اه اتقاني وكتب أيضاً ما نصه وهذا اذا أردفه حتى صار اللاحق كالتابع له فاما اذا أقدمه في السرح صار غاصباً ولم يجب عليه شيء من الاجر لانه رفع يده عن الدابة وأوقعها في يد متعدده فصار ضامناً والاجر لا يجامع الضمان الى هنا لفظ شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحياني في شرح الكافي اه ق (قوله وان شاء الراكب) أي وهو المستأجر اه (قوله والرديف يرجع) أي على الراكب اه (قوله والا) أي بأن كان مستعيراً اه (قوله في المتن وبالزيادة الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحياني رحمه الله في شرح الكافي الذي هو مذهبنا اه فاما استأجرها ليعمل عليها عشرة مخاضيم حطلة له فله أن يحمل عليها مثل ذلك من حطلة غير ذلك اه لا تفاوت في ذلك وان حمل عليها أحد عشر حطلة من حطلة فبلغت المكان الذي سماه ثم عطيت من ذلك فعليه الكراء كاملاً وعليه جزء من أحد عشر جزءاً من قيمة الدابة بقدر ما زاد عليها لان التلف حصل بفعل الكل وبهضمه مأذون وبهضمه غير مأذون فيسقط حصة الحمل المأذون ويجب حصة الباقي ولان كل جزء

(١) قول الشارح ونصف القيمة هكذا في النسخ وعبارة العيني ونصفها أي الاجر اذا كان قبل اه كسبه

من أجزائه الشغل لا يصلح عادة بنفسه وإنما يصلح عند الاجتماع وعند الاجتماع صار الكل علة واحدة فتوزع الضمان على أجزائها بخلاف
 الجراحات لأن كل واحدة بانفرادها تصلح علة وقد ذكرنا في الجذائيات أن صاحب العلة وصاحب الحال سواء في الحكم كما لو جرح أحدهما
 سبع جراحات وجرح الآخر جراحة واحدة ومات كان الضمان عليهما أنصافاً وقال ابن أبي ليلى عليه قيمتها تاماً ولا أجر عليه وقال في
 قوة الفتاوى المستكرى دابة ليحمل عليها عشرة محتاتم حنطة فجعل في الجواز عشرة بن مختوماً وأمر المستكرى أن يحمل هو عليها فجعل هو
 ولم يشاركه المستكرى في الحمل لا ضمان عليه أصلاً إذا هلكت الدابة ولو جلاها جميعاً يعني المستكرى والمستكرى ووضعاه على الدابة يضمن
 المستكرى ربع القيمة وإن كانت الحنطة في الجواز فحمل كل واحد منهما ما جاوز القاو ووضعاهما على الدابة جميعاً لا يضمن المستأجر شيئاً
 ويحمل حل المستأجر بما كان مستحقاً بالهدم والثقل بكسر التاء وفتح القاف خلاف الخفة والثقل بكسر التاء وسكون القاف الخلل
 والثقل بفتح التاء من منع المسافر وأما قيل (١١٨) للجن والانس الثقلان لأنهما قاطعان الأرض فكأنهما ثقلاها اه اتقاني (قوله)

إذا استأجرها ليحمل عليها شيئاً مقدراً فحمل عليها أكثر من مائة فمطبت يضمن ما زاد الثقل لأنهما هلكتا
 عاذون فيه وغير مأذون والسبب الثقل فأنقسم عليهما إذا كانت الدابة لا تطيق مثله فيجب عليه
 جميع قيمتها لدم الأذن فيه فيكون أهلاً كما أوجب الضمان هنا بحساب الزيادة إذا كانت الدابة تطيق
 ذلك وإن حمل عليها جنساً آخر غير المسمى أوجب جميع القيمة وكذا لو استأجر ثوراً لطحن حنطة مقدرة
 فزاد لم يوجب بحساب الزيادة بل أوجب جميع القيمة لأن الدابة هلكت بنظر المأذون فيه فيجب
 عليه جميع القيمة وفيما إذا زاد عليها من جنس المأذون فيه هلكت بالجموع فنسقط حصصة المأذون
 ويجب بقدر ما تعدى حتى لو حملها المسمى وحده ثم حملها الزيادة وحدها فمطبت يضمن جميع قيمتها لأنها
 هلكت بالزيادة وحدها قال رحمه الله (وبالضرب والسبب) أي يضمن بهما إذا هلكت وهذا عند أبي
 حنيفة رحمه الله وقال لا يضمن إذا فعل فعلاً معتاداً لأن المتعارف يدخل تحت المطلق فكانت هلكة
 بالمأذون فيه ولا يحنيفة رحمه الله أن الأذن مقيّد بشرط السلامة إذا السوق يتحقق بدونه وإنما ضرب
 بالسبب فصار كضرب الزوجة والمرور على الطريق بخلاف ضرب القاضى الخدأ والتعزير أو فساد
 الفحص حيث لا يضمن إذا هلك به لأن الخدأ والتعزير واجب عليه وكذا الفحص لا التزام به عقد الإجازة
 والضمان لا يجب بالواجب وهذا بخلاف ما إذا ضرب العبد المستأجر حيث يضمن بالاتفاق والعذر لهما
 أنه يؤمر وينهى لفهمه فلا ضرورة إلى الضرب وعلى هذا الخلاف المذكور ضرب الأب والوصي
 الصغير إذا لم يتجاوز ضرب مثله لثأديب حتى تجب الدية والكفارة عنده وعندهم لا تجب الدية لأن
 الضرب لا صلاح الصغير فكان معينا به إذ منفعته عائدة عليه وهو مأجور عليه فصار كضرب المعلم إياه
 بل أولى لأن المعلم ليس له ولاية الضرب وإنما يستفيد منه بخلاف الزوج يضرب امرأته لأنه مطلق له
 لمنفعة نفسه فصار كالرجل إلى الصغير فيشترط فيه السلامة ولا يحنيفة رحمه الله أن منفعة الصغير
 كالواقع له لقيام البعضية بينهما ألا ترى أن شهادة له جعلت كشهادته لنفسه ووضع الزكاة فيه كوضعه
 في نفسه بخلاف ضرب المعلم باذن الأب لأن الأذن بالضرب صحيح من الأب لمعنيته من ولاية ضرب به تأديباً
 وإذا صح كان المعلم معينا للأب إذ لا منفعة للمعلم فيه ولا ضمان على المعين ولا ضمان على الأب أيضاً فيما

يضمن الخ) وهذا إذا جمل
 الأ كثر دفعة واحدة أما إذا
 حمل المسمى ثم حمل الزيادة
 فهلكت يضمن جميع قيمتها
 كما في مسألة الطحن اه
 كما في قوله يضمن بجميع قيمتها
 أي ويستفاد هذا من قول
 التبرج رحمه الله حتى لو
 حملها المسمى وحده الخ اه
 (قوله ما زاد الثقل) أي
 وعامه الإجماله حل المعقود
 عليه ولا أجر في الزيادة
 لأنهم استوفيت من غير
 عقد اه بدائع (قوله
 مقدرة) أي عشرة محتاتم
 مثلاً اه (قوله فزاد) أي
 بأن طحن أحد عشر محتوماً
 مثلاً اه (قوله لأن الدابة
 هلكت الخ) لئلا أن الطحن
 يكون شيئاً فمطبت يضمن
 عشرة محتاتم انتهى اذن
 المالك فبذلك هو في الطحن

تخالف في جميع الدابة مستعمل لها بغير إذن مالكها فيضمن جميعها أما ما الخل فيكون جلة واحدة فهو في البعض مستعمل ضرب
 بالأذن وفي البعض يخالف فيتوزع الضمان كذا في المبسوط اه دراية (قوله في المان والكبح) يقال كبجه بالجمام إذا رده به كذا في الجهرة اه
 (قوله وقال لا يضمن) أي استحسننا اه اتقاني وكتب على قوله وقال لا يضمن ما نصه أي وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وأبو حنيفة وأبو ثور اه
 كما في ونقل في التمه عن باب ميراث القتيل من قرأ نض شمس الأئمة السرخسي رحمه الله الأصح أن أبا حنيفة رجع إلى قولهما اه اتقاني
 (قوله فصار كضرب المعلم إياه) قال في الفتاوى الصغرى مع علم ضرب الصبي باذن الأب أو الوصي لم يضمن وهما الوصي باضمان في إجازة
 العيون وفي القدوري المعلم أو الاستاذ إذا ضرب الصبي بغير إذن الأب أو الوصي ضمنوا ولو ضرب باذنهم لا يضمنان والأب أو الوصي إذا ضرب
 بالتأديب فمات ضمن عند أبي حنيفة خلافاً لهما اه اتقاني وكتب ما نصه قال لا تقاني رحمه الله وقال في الفتاوى الصغرى أيضاً قال
 أبو سليمان إذا ضرب ابنه على تعليم القرآن أو الأدب فمات قال أبو حنيفة فوجب الدية ولا يرثه وقال أبو يوسف لا شيء عليه ويرثه ولو ضرب
 امرأته على المضجع فمات يضمن ولا يرثه في قولهما لأنه ضرب بالمنفعة نفسه بخلاف الأب مع الابن

(قوله فيئذ يضمن الزيادة) قال الحاكيم الشهابي في مختصره المسمى بالسكافي ولوتسكاري حصارا عريانا فأسرجه وركبه فهو ضامن له وقال الكرخي في مختصره ولوا كثرى حصارا عريانا فأسرجه ثم ركبه كان ضامنا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح السكافي وهذا اذا كان حصارا لا يسرج مثله عادة أما اذا كان يسرج ويركب بالسرج فلا ضمان عليه لان المقصود هو الركوب والسرج آلة له فلا يضمنه بوضع السرج عليه وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي وقد فصل (٩٩) أصحابنا اذا استأجره ليركب

الى خارج المصير لم يضمن لان الحصار لا يركب من بلد الى بلد بغير سرج ولا كاف فلما آجره كذلك فقد اذن له من طريق المعنى وقالوا وان استأجره ليركبه في المصير وعرض من ذوى الهيات فله ان يسرجه لان مثله لا يركب من غير سرج وان كان من دون الناس فأسرجه ضمن لان مثله يركب في البلد من غير سرج والسرج أنقل على الدابة ثم اذا ضمن يضمن جميع القيمة أو بقدر ما زاد قال نضر الدين قاضى خان فى شرح الجامع الصغير اختلفوا فيه والعديد أنه يضمن جميع القيمة لأنه ذكر الضمان مطلقا فنفسه الى الكل وانما كان كذلك لانه خالف صورة ومعنى أما صورة فظاهر لانه اذن له ان يركبها عريانا وقد ركب مع السرج وأما معنى فاذن الركوب على السرج أضرب على الدابة لان نقل الركاب والسرج مجتمع في مكان واحد فلو لم يضمن أن يكون الاسرج ضمانا قدر الزيادة لانه استأجره عريانا فأسرجه فمات

ضرب المعلم لان ما رأى من التأديب لم يصح منقول اليه لان يصح بقدر ما علك والزائد من المعلم وهو نظير ما لورجع شهود الزنا بعد ما جرحته السياط لا يضمن الامام لانه معين ولا يضمن الشهود لان الجرح لم يجب بشهادتهم قال رحمه الله (ونزع السرج والا يكاف أو الاسراج بما لا يسرج مثله) معناه لو كثرى حصارا يسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الجرا أو أوكفه ضمن جميع قيمته لان الاذن لم يتناول ما لا يسرج بمثله الجرح ولا خلاف في جنس السرج فيكون متعديا بالاسراج والا يكاف فيضمن جميع قيمته وان أسرجه بسرج تسرج بمثله الجرح لا يضمن لان الاذن قد تناوله اذ لا فائدة في التقييد بالمعنى الا اذا كان زائدا في الوزن فيئذ يضمن الزيادة بحسابه وقال الاكاف كالسرج حتى لا يضمن اذا كان بمثله تقف الجرا اذا كان زائدا على السرج الذى كان عليه فيضمن الزيادة بحسابه كما في السرج لانه هو والسرج سواء فاذا رضى بالسرج يكون راضيا بمثله من الاكاف وجواب ما ذكرنا أن الجنس مختلف لان الاكاف للحمل والسرج للركوب وكذا يثبت أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينسب له الاخر فصار نظير اختلاف الخنطة والحديد وقال في النهاية ذكر هذه المسئلة في الاجارات فقال يضمن بقدر ما زاد وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله ثم قال من مشايخنا من قال ليس في المسئلة اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه لانه لم يذكر في الجامع الصغير أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن ولم يبين قدر ما يضمن فكان المطلق محمولا على التسدير ومنهم من قال عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهو الاسح وتكلموا على معنى قولهما انه يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه فمنهم من قال انه مقدور بالمساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر أربعة أشبار فيضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن قال رحمه الله (وساوى طريق غير ما عرفت وتفاوتا) أى يجب الضمان اذا عين للسكاري طريقا وسلك هو غيره وكان بينهما تفاوت بأن كان المسلول أوعر أو أهدأ أو أخوف بحيث لا يسلك لان التقييد صحيح لكن فيه مفيد اذا خالف فقد تعدى فيضمن قيمته ان هلك وان لم يهلك وبلغ فله الاجراس تحسنا لارتفاع الخلاف ولا يلزم اجتماع اذجرة والضمان لانهم ما في حالتين لانه على تقدير السلامة يجب الاجر وعلى تقدير التلف يجب الضمان واختلفوا اجتماعهما في حالة واحدة ونظيره العبد المجهور عليه اذا أضر نفسه فان تلف في العمل يجب على المستأجر الضمان وان سلم وجب عليه الاجر وان كان يسلكه الناس وعلمك المتاع فلا ضمان عليه لان الظاهر فيما يملكه الناس عدم التفاوت وقال في السكافي والهداية هذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لانه عند عدم التفاوت لا يفتح التعمين لعدم النسابة أما اذا كان بينهما تفاوت يضمن لجهة التقييد فجعله كالطريق الذى لا يسلكه الناس قال رحمه الله (وحمل في البحر السكك وان بلغ فله الاجر) أى يضمن جميع قيمته بحمله في البحر ان غرق التماس وان سلم فله الاجر وقوله السكك عائدا على المسائل التى تقدمت ككلاهما من عند قوله بالنسب والكبح الى هنا لان الواجب في جميعها جميع القيمة

السرج كاللحل الزائد على الركوب ألا ترى أنه ذكر في الاصل اذا استأجره ليركبها الى مكان معلوم فركب وحمل معه فلا يضمن قدر الزيادة وان عطبت فكذا هذا لان السرج حصارا كزيادة الحل وقال الكرخي في مختصره وان لم يكن عليه لباس فاجره فلا ضمان عليه اذا كان مثله يلجم بذات اللجام وكذلك اذا بدله وذلك لان الحصار لا يمتثل باللباس وغيره ولا يتلف به فلم يضمن بايامه اذ اتفقت (قوله وقال الاكاف كالسرج حتى لا يضمن اذا كان بمثله تقف الجرا الا اذا كان زائدا) كتب على قواد وقال امانه قال في العيون والفتوى على قولهما انه حقائق (قوله وقيل يعتبر بالوزن) أى حتى اذا كان السرج منورين والاكاف سنة امانه يضمن ثلثي قيمتها اذ حقائق

(قوله وانما ضمن فيها اذا جله في البحر) (١٢٠) قال شمس الاثمة السرخسي رحمه الله في اواخر كتاب الشروط من مبسوطه ولو استأجره

لجمله بنفسه فحمله على دوابه
أو عباده أو على غيرهم
وذهب معه حتى بلغه ذلك
المكان فله الاجر استحسانا
لمحصل المقصود لان المقصود
مكمل الطعام وقد أوفاه كما
التزم وليس هو مخالف لانه
ما فارق الطعام حين ذهب
معه ولا آخرجه من يده فلا
يكون مخالفا وكذلك ان
اشتراط له طريقا فحمله في
طريق آخر لان المقصود حمل
الطعام الى المكان المشروط
في أي الطريقين جله وان
جمله في البحر ضمنه ان غرق
لانه عرضه للتلف فان الغالب
من حال راكب البحر انه على
شرف الهلال مع مامعه
وان سلم فله الاجر استحسانا
وهو بمنزلة مالو كان الى ذلك
الموضع طريقان أحدهما
أمن والاخر مخوف فحمله في
الطريق المخوف فان تلف
كان ضامنا وان سلم يستحق
الاجر استحسانا فكذلك
هنا لان البحر بمنزلة الطريق
المخوف ولهذا لم يكن للمودع
أن يسافر بالوديعة في طريق
البحر كما ليس له أن يسافر
بها في الطريق المخوف اه
(قوله بان يضرب له شبهها)
قال في المصباح الشبهة
بفتحين ما يشبه الذهب في
لونه وهو نحاس أجز يضاف
اليه أشياء ويسبك معها
فيكتسب لون الذهب والشبهه
أيضا والشبيهه مثل كريم والشبهه مثل جل المشابه اه

وانما ضمن فيها اذا جله في البحر لان التفاوت فيه فاحش ولهذا ليس للمودع أن يسافر بالوديعة في البحر
ولو سلم يجب التمسعي استحسانا لمحصل المقصود وارتفاع الخلاف قال رحمه الله (وبزرع رطبة وأذن بالبر
مانقص) أي اذا أذن له أن يزرع الارض حنطة يجب عليه ضمان نقصان الارض بزرع الرطبة لان
الرطبة أكثر ضررا بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شرط
مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان بخلاف ما اذا استأجر دابة للركوب أو للحمل فأردف
معه غيره أو زاد على المحول على قدر المسمى حيث يجب عليه من الضمان بحسبه لانها قلقت بما هو
مأذون فيه وغير مأذون فيه فيجب عليه بقدر ما تعدى وهذا لانه استوفى المشروط وزاد فيجب عليه
بسبب الزيادة الضمان وهنا لا يمكن أن يجعل مستوفيا لمنفعة الارض بقدر زراعتها الحنطة ثم زاد
عليه لان الجنس مختلف وانما يثبت بذلك عند اتحاد الجنس ألا ترى أنه لو استأجر دابة ليحمل
عليها حنطة فحمل عليها حديد أو ملأ مثل وزنه يضمن ككل القيمة لما قلنا وهو نظيره قال رحمه الله
(ولا أجز) أي لا يجب الاجر لانه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب ولا يجب الاجرة به
وانما يجب بالاستيفاء بعقد الاجارة وهما لا يجتمعان لاستحالة أن يكون الشيء الواحد مأذونا فيه
وغير مأذون فيه ولهذا لا يجتمع الضمان والاجرة وان زرع فيها ما هو أقل ضررا من الحنطة لا يجب
عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى خير فلا يصير به غاصبا قال رحمه الله (وبحنطة
قباء وأمر بقبض قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجر مثله) معناه اذا أمره أن يحنط له ثوبه فيصايب
عليه ضمان قيمته اذا خاطه قباء وان شاء أخذ القباء ودفع له أجر مثله قبل أراد بالقباء القرطوق وهو
الذي يلبسه الاثر المكان التقيص وهو ذوق واحد وقال ظهير الدين القميص اذا قل من قبل كان
قباء طاق وقباء طاق اذا حيط جانباه كان قبيصا وهو المراد بالقرطوق لانه يستعمل استعمال القميص والقباء
فيثبت له الخيار وفي غيره لا يثبت له الخيار بل يضمنه القيمة حتما وقيل الجواب يجرى على اطلاقه في
الكل واطلاقه يدل على ذلك ووجهه أن القباء والقميص متقاربان في المنفعة واجزاؤهما واحد وهي
الكم والذيل والذخريص وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خيار لرب الثوب في الكل بل يضمنه قيمة الثوب
رواه الحسن عنه لان القباء جنس آخر غير جنس القميص فصار مخالفا من كل وجه فبقى غاصبا محضا
ووجهه الظاهر أنه قميص من وجهه لانه يمكنه سده والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقا من هذا
الوجه وهو مخالف من حيث التقطيع والقالب فيميل الى أيهما شاء فان مال الى الخلاف ضمنه قيمة وصار
الثوب للخياط وان مال الى الوفاق يأخذ القباء ويعطيه أجر مثله لا يجاوز به المسمى لان صاحب الثوب
لم يرض بالمسمى الا مقابلا لحنطة القميص فاذا خالف فات رضاه فلا يجب عليه المسمى والخياط لم يخطه
مجانا فيجب عليه أجر مثله لا يجاوز به المسمى لان المنافع لا تقوم الا بالعقد أو شئيم وليس فيما زاد على المسمى
عقد ولا شئيمه فلا تقوم ولا يجب ولهذا المعنى قلنا لو خاطه قيمه مخالفا لما وصفه فيجب عليه أجر
المثل ولا يجاوز به المسمى ولو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء ضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة
والهيئة وقيل يخير وهو الاصح لوجود الاتحاد في أصل المنفعة من حيث الستر ودفع الحر والبرد ولوجود
الموافقة في نفس الخياطه فصار كما اذا دفع الى رجل نحاسا فأمره بان يضرب له شبها من الاواني فضرب له
خلافه فانه يخير فكذلك هذا

باب الاجارة الفاسدة

قال

باب الاجارة الفاسدة

(قوله في المتن يفسد الاجارة الشروط) أي شرط مخالف لموجب العقد كالمواستأجر رخي ماء على أنه إن انقطع ماءؤه فالأجر عليه فان موجب العقد أن لا يجب الاجرا لا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه فكل شرط مخالف لموجب العقد يفسد لان الاجارة بنيت على المضايقة والمما كسة فتفسد بالشرط كالبيع لان اشتراطه يكون سببا للمنازعة ألا ترى أن النكاح لا يفسد بالشرط لما أنه مبني على المسامحة ولا يعلم فيه خلاف اهـ كأي (قوله لانها بمنزلة البيع) أي فكل ما أفسد البيع أفسدها أراد بالشرط شروط لا يقتضيها العقد لا كل شرط كما في البيع ولهذا اذا استأجر دابة إلى بغداد بشرط أن يعطيه الاجرا اذا رجع من بغداد صح وليس له المطالبة بالاجر الى أن يرجع الا اذا مات ببغداد فيمنه أنه أن يأخذ أجر الذهاب والشرط التي تفسدها كاشتراط تطيين الدار وسرقة متاعها وتعليق باب عليها أو ادخال جذع في سقفها على المستأجر وكذلك اشتراط كرى نهر في الارض أو ضرب مسنة عليها أو حفر بئر فيها أو أن يسرق قناتها على المستأجر وكذلك اشتراط رد الارض مكروبة كل ذلك يفسد الاجارة لانه جعل هذه الاعمال من جملة الاجر وانما الجهولة غير معلومة وجهالة بعض الاجر موجب جهالة الباقي فتفسد به الاجارة قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره اذا كان ما وقع عليه عقد الاجارة مجهولا في نفسه أو في أجره أو في مدة الاجارة أو في العمل المستأجر عليه فالاجارة فاسدة وكل جهالة تدخل في البيع فتفسده من جهة الجهالة فكذلك هي في الاجارة الى هذا لفظ الكرخي اهـ اتقاني رحمه الله مع حذف كلام في البين اهـ (قوله ألا ترى أنها تنقل) من الاقالة لا من القول اهـ اتقاني (قوله مثل أن يسمى دابة) مثال لجهالة المسمى اهـ (قوله أو يستأجر الدار) مثال لجهالة بعض الاجرة اهـ (قوله وقالوا اذا استأجر دارا الخ) قال الولوالجي رحمه الله في الكلام على الشروط التي تفسد الاجارة والتي لا تفسد ولو استأجر دارا على أن يسكن وحده كان له أن يسكن غيره لان الناس لا يتناولون في السكنى فسكنى غيره لا يضر بالدار وهذا الشرط لا يفسد العقد لانه لا منفعة لاحد العاقدين في هذا الشرط ومثل هذا الشرط لا يوجب فساد (١٣١) العقد كالمواشترى ثوبا بشرط أن لا يلبس ولو استأجر دارا على أن

قال رحمه الله (يفسد الاجارة الشروط) لانها بمنزلة البيع ألا ترى أنها تنقل وتفسخ فتفسد على الشروط التي لا يقتضيها العقد كالبيع وهذا لان المنافع بالعقد يكون لها قيمة وتضيق به مالا فتعتبر الاجارة بالمعاوضة المالية دون ما سواها من النكاح والخلع والصلح عن دم العمد وأشباهاها قال رحمه الله (وله أجر مثله لا يجاوز به المسمى) هذا اذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وان كان لجهالة المسمى أو لعدم التسمية يجب أجر المثل بالغام بالغ وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل أن يسمى دابة أو ثوبا أو يستأجر الدار أو الخمار على أجره معلومة بشرط أن يعمرها أو يرعها وقالوا اذا استأجر دارا على أن لا يسكنها المستأجر ففسدت الاجارة ويجب عليه إن سكنها أجر المثل بالغام بالغ وقال زفر والشافعي يجب أجر المثل بالغام بالغ في الكل لان المنافع متقومة عندهما فتجب القيمة بالقيمة ما بلغت عند

ولو استأجر دارا على أن لا يسكنها كانت الاجارة فاسدة لانه شرط شرط يمنع موجب العقد فيفسد العقد كالمواشترى ثوبا بشرط أن لا يلبس المشتري فرق بين هذا وبين الاول والفرق أن ذلك الشرط مما لا يمنع موجب العقد لانه شرط أن يكون

(١٣٦ - زياد خامس) هو القابض وحده فصار كالمواشترى بشرط أن يقبضه المشتري وحده اهـ (قوله ويجب عليه ان يسكنها أجر المثل بالغام بالغ) فيه نظري ينبغي أن لا يتجاوز المسمى لان فساد الاجارة هنا الشرط المذكور وهو عدم السكنى لا لعدم تسمية الاجرة وكلام الولوالجي السابق وغيره يفسخ بذلك وقد قال الولوالجي رحمه الله ما نصه فان استأجر دارا كل شهر بعشرة على أن ينزلها هو وأهله على أن يعمرها أو يعطي أجر حارسها أو ثوابها فالاجارة فاسدة قلنا ذكرنا نوعا عليه أجر مثلها فمساكن بالغام بالغ فرق بين هذا وبين سائر الاجارات الناسدة فان ثمة لا يجاوز به المسمى والفرق أن في سائر الاجارات الفاسدة المسمى معلوم القدر فأمكن تقدير القيمة به لان أصل القيمة للمنافع ثبت بالتسمية فيجب تقديرها بالتسمية ما أمكن وقد أمكن أما هنا بعض المسمى مجهول لان اذا لم يمتح الى المصارعة والى الحارس ولم تقع نائمة لا يدري أي قدر يعطيه فكان بعض المسمى مجهولا فلا يمكن تقدير القيمة لجميع المسمى فتجب قيمتها بالقيمة ما بلغت كالمواشترى كان جميع المسمى مجهولا اهـ فنقول الولوالجي فرق بين هذا وبين سائر الاجارات الفاسدة بالغام بالغ على قول الزيلعي بالغام بالغ اهـ (فرع) وفي الحاصل من شرح الطحاوي في الاجارة الفاسدة لا يجب الاجرا اذا لم ينفع به عندنا وأحد وعند الشافعي ومالك يجب أجر المثل بالتمكن من الاستيفاء كالصحيح ولو استأجر ثوبا ثم أجره قبل قبضه لا يجوز بالاختلاف وقيل يجوز في العقار عند أبي حنيفة وان أجره بعد القبض يجوز بالاختلاف قلنا كانت الاجرة التامة أكثر لا يطيب له الفضل عندنا والنوري والتيمي وابن المسيب وأحمد في رواية وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وعطاء والحسن والزهرى يطيب للسكا المنفعة بعقد الاجارة وقلنا هذا يرجع ما لم يضمن وقد نهى النبي عليه السلام عن ذلك اهـ كأي وكتب ما نصه لا يجب الاجر في الاجارة الفاسدة بمجرد التمكن من استيفاء المنفعة وانما يجب بحقيقة الاستيفاء بشرط أن يوحى التسليم الى المستأجر من جهة الآخر وفي الاجارة العدمية يجب الاجر بمجرد التمكن من الاستيفاء لكن بشرط أن يوجد في المكان الذي أضيف اليه العقد وغمامه في (٢٩) من فصول العبادي اهـ (قوله وقال زفر والشافعي) أي وبه قال مالك وأحمد اهـ دراية (قوله يجب أجر المثل بالغام بالغ في الكل) اهـ ان الاجارة بيع المنافع فتعتبر ببيع الاعيان

وفي بيع الاعيان اذا فسد تدعى القيمة بالقيمة ما بلغت فكذلك في بيع المنافع وهو الاجارة اذا فسد يعتبر أجرا المثل بالغاما بالغ اه اتقاني
(قوله ولنا ان المنافع غير متقومة بنفسها) أي بحال لانها أعراض لبقاء لها فكما توجد تلتاشي اه اتقاني (قوله وانما تقوم بالعقد
شرعا الخ) واذا لم تقوم في أنفسها وجب الرجوع الى ما قوم العقد به وسقط ما زاد عليه لانهم ماضيا باسقاط ذلك اه اتقاني (قوله
لكونه تبعاله) والتبع ثبت بحسب ثبوت الاصل وهذا لان الفاسد مشروع بأصله دون وصفه اه كاكى (قوله لم يوجد) أي اذا
كان المسمى أقل يجب المسمى لا تفاقه ما عليه فقد أسقطا الزيادة والاسقاط وان كان في ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها الرضا
بسقوط الزيادة وعدم تقوم المنافع في نفسها فلم يظهر التقوم فيما زاد على ذلك واذا نقص أجر المثل يجب أجر المثل لفساد التسمية اه
كاكى (قوله بخلاف المبيع) أي بفسادها اه (قوله في المتن كل شهر بدرهم الخ) هكذا ذكره في كل المتون والشروح ولم يتعرضوا
لحكم سنة هل هو كذلك أم لا وقد صرح به (١٢٢) في نفقات الخمانية على سبيل الاستشهاد حيث قال امرأة قالت لزوجها

أنت برىء من نفقتي أبدا
ما كنت امرأتك ان لم يكن
فرض القاضي عليه النفقة
كانت البراءة باطلة
لانها أبرأته قبل الوجوب
وان كان القاضي فرض
عليه النفقة لكل شهر كذا
فقال أنت برىء من نفقتي
أبدا ما كنت امرأتك صحت
البراءة عن نفقة شهر واحد
لا غير فلو أبرأته بعد مضي
أشهر صحت البراءة عما مضى
دون ما بقي كالأجر داره كل
شهر بكذا أو كل سنة
بكذا فمضى بعض السنة أو
بعض الشهر صحت البراءة عن
الشهر الاول وعن السنة
الاولى اه (قوله في المتن
صح في شهر فقط) أي وفسد
في الباقي اه (قوله الا أن
يسمى) أي جملة شهر
معاومة اه (قوله وأفراده
معاومة) والاصل هنا أن

تعدرا يجب المسمى كافي ببيع الاعيان وكذا اذا كان الفساد لجهة الاجر أو لعدم التسمية ولنا أن المنافع
غير متقومة بنفسها لان التقوم يستدعي سابقة الاحراز وما لا بقاء له لا يمكن احرازه فلا يتقوم وانما تقوم
بالعقد شرعا للضرورة الشدة الحاجة اليها واذا فسدت الاجارة وجب أن لا تجب الاجرة لعدم العقد
والضرورة لان الصحيح منها كاف فلا حاجة الى الفساد منها الا أن الفساد من كل عقد ملحق بصحته
لكونه تبعاله وكانت الضرورة باقية من وجهه لان كل أحد لا يمتد الى الصحيح فست الحاجة الى الحاقها
به فيكون لها قيمة في قدر ما وجد فيه شبهة العقد وهو قدر المسمى فيجب في المسمى بالغاما بالغ وفيما زاد على
المسمى لم يوجد فيه عقد ولا شبهة فلا يتقوم ويبقى على الاصل بخلاف المبيع لانه متقوم بنفسه فيجب
قيمه بالقيمة ما بلغت ولا نهاية للجهول ولا لغير المسمى فيجب بالغاما بالغ قال رحمه الله (وان أجردا كل شهر
بدرهم صح في شهر فقط الا أن يسمى السكل) لان كلمة كل اذا دخلت على مجهول وأفراده معلومة انصرف
الى الواحد لكونه معلوما وفسد في الباقي للجهالة كما اذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم فانه يجوز في قفيز
واحد فكذا هذا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر لانه سوى بين البابين وهما واقفاه في الشهور
وأجازا العقد في السكل في الصبرة والفرق لهما ما أن الشهور لا نهاية لها فلا يمكن رفع الجهالة فيها والصبرة
متناهية فترتفع الجهالة بالكيل فلهذا أجازاه في السكل ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح
في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس لان التعامل المخالف للدليل لا يعتبر ثم اذا تم الشهر كان السكل واحد
منه ما نقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح بشرط أن يكون الآخر حاضرا وان كان غائبا لا يجوز بالاجماع
وقيل لا يجوز عندهما الا بحضرة الآخر وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز كانه بنى على الفسخ بشرط
الخيار وقد بيناه في البيوع وبتسميته جملة الشهور وقصير المدة معلومة فتصح قال رحمه الله (وكل شهر سكن
أوله ساعة صح فيه) لانه صار معلوما فتم العقد فيه بتراضيهما فلا يكون لاحدهما الامتناع عن المضي
وهذا قول بعض المشايخ وهو القياس وفي ظاهر الرواية السكل واحد منهما الخيار في الليلة الاولى من الشهر
ويومها وبه يفتى لان في اعتبار الساعة حرجا عظيما والمقصود هو الفسخ في رأس الشهر وهو عبارة عن
الليلة الاولى ويومها عرفا ألا ترى الى ما ذكره محمد رحمه الله في كتاب الاعيان فيمن حلف ليقض دين فلان
رأس الشهر فمضى في الليلة التي يهل فيها الهلال وفي يومها لم يحث استحسانا ولو فسخ في أثناء الشهر لم

صفة العام اذا لم يمكن اجراؤها على العموم يراد به أخص الخصوص اه اتقاني (قوله لكونه معلوما) فان قيل
كما أن الشهر الاول معلوم فكذلك الشهر الثاني معلوم فلم خصصتم الاول بصفة العقد قلنا انما اختص الاول لوجود جزء منه وحصوله
بخلاف سائر الشهور حتى اذا سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد عليه أيضا والثالث والرابع مثله اه اتقاني (قوله فتم العقد فيه)
فلو أن صاحب هذه الدار حلف أن يؤجرها فتركهافي يد المستأجر وصار يتقاضى الاجرة آخر كل شهر لا يحث لان الانقضاء في رأس كل
شهر لا يتوقف على اختياره فلا يكون أجرا ولو طالب أجرة شهر لم يسكنه بعد يحث اه فتاوى الطبري (قوله وهو القياس) لان رأس
الشهر في الحقيقة هي الساعة التي يهل فيها الهلال فاذا أهل مضي رأس الشهر فلا يمكن الفسخ اه كاكى (قوله وبه يفتى) قال الاتقاني
قال الصدر الشهيد في الوقعات في باب الاجارة الجائرة بعلامة السنين والصحيح أن يفسخ في الليلة الاولى واليوم الاول من الشهر الثاني
والثالث فان خيار الفسخ انما يثبت له في أول الشهر وأول الشهر هذا

(قوله وان بين المدة) أي كما اذا أجرداره في رمضان وجلاوهما في رجب يعتبر ابتداء (١٣٣) المدة من شرة رمضان اه اتقاني

(قوله في المتن فان كان حين
يهل) بضم الياء وفتح الهاء
أي يبصر اه قارئ الهداية
وكتب مانصه قال الاتقاني
وفسر بعضهم في شرحه
قوله حين يهل الالهلال
بقوله أراد به اليوم الاول
من الشهر وفيه نظر لانه
ليس حين يهل الالهلال بل
هو أول الليلة الأولى من
الشهر اه وكتب أيضا
مانصه قال الاتقاني يجوز
على صيغة المبني للفاعل
وعلى صيغة المبني للمفعول
جميعا قال في الجهرة هل
الالهلال وأهل ودفع
الاسمعي هل وقال لا يقال
الأهل وأهلنا نحن اذا
رأينا الالهلال اه (قوله
وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون
يوما) أي فالسنة الثماني
وسمسون يوما اه وليعلم
أن قد كتبت حاشية نافعة
من فتح القدير عند قوله في
الكفر في أول باب الطلاق
وفسرق على الأشهر فحين
لا تفيض فلتراجع فانها
مهمة في هذا المقام والله
الموفق اه (قوله ويعتبر
الباقى بالاهلة) أي فيكون
عنده أحد عشر شهرا
بالاهلة والشهر الواحد
بالأيام اه (قوله في المتن
ومع أخذ أجرة الحمام)
أي لان الناس في سائر
الامصار يدفعون أجرة

ينفسخ وقيل ينفسخ به اذا خرج الشهر لانه أمكن توقيفه الى وقت يملك فيه الفسخ وبه كان يقول محمد أبو
نصير بن يحيى بن سلام ولو قال في أثناء الشهر فسخت رأس الشهر ينفسخ اذا أهل الشهر بالاهلة فيكون
فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه ولو قدم أجرة شهرين أو ثلاثة
وقبض الاجرة فلا يكون لواحد منهما الفسخ في قدر المجلل أجرة لانه بالتقديم زالت الجهالة في ذلك القدر
فيكون كالمسمى في العقد قال رحمه الله (وان استأجره سنة صح وان لم يسم أجرة كل شهر) يعني بعد
ما سمى الاجرة جله لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة فيصح وان لم يبين فسط كل شهر
كما اذا استأجر شهرا ولم يبين حصة كل يوم فاذا صح وجب أن تقسم الاجرة على الأشهر على السواء ولا يعتبر
تفاوت الاسعار باختلاف الزمان قال رحمه الله (وابتداء المدة وقت العقد) يعني ابتداء مدة الاجارة من
وقت العقد لان الاوقات كلها سواء في حكم الاجارة وفي مثله يتعين الزمان الذي يلي العقد كالأجل واليمين
أن لا يكلم فلانا شهرا ولانه لو لم يتعين عقبيه لم تتم الصار من كراهجه ولا وبه تبطل الاجارة والظاهر من حاله
أن يقصد الصحيح فتعين عقيب العقد بخلاف الصوم حيث لا يتعين ابتداءه عقيب اليمين ولا عقيب النذر
لان الاوقات في حقه ليست بسواء فانه لا يجوز في الليل ولا يصير شارعا فيه الا بالضرورة فلا يتعين عقيب
السبب هذا اذا كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة وان بين المدة تعين ذلك وهو ظاهر قال رحمه الله (فان
كان حين يهل تعتبر الالهلة والافالايام) يعني اذا وقع عقد الاجارة حين يهل الشهر أو كان أولها بالانعين
كذلك تعتبر شهر والمدة بالاهلة وان كان أولها بعد ما مضى شيء من الشهر تعتبر الشهور بالعدد وهو أن
يعتبر كل شهر ثلاثون يوما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وقال محمد
رحمه الله اذا كان ابتداءه في أثناء الشهر يعتبر الاول بالايام ويكمل من الاخير ويعتبر الباقي بالاهلة وهو
رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان الالهلة هي الاصل في الشهر وقال الله تعالى يسألونك عن الالهلة قل هي
مواقيت للناس والايام بدل عن الالهلة ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وأفطروا
لرؤيته فان غم عليكم الالهلال فأكوا عدة شعبان ثلاثين يوما ولا يصار الى البدل الا عند نذر الاصل
ولا تعذر الا في الشهر الواحد وهو الاول وقد أمكن تكيله من الاخير في كل وبقي غيره على الاصل وله أنه
لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالالهلال تعذر الباقي أيضا بالاهلة لان الشهر الاول يجب تكيله مما يليه
والالزم أن يكون الثاني والثالث وجميع الأشهر التي بعده قبل الاول وهو محال فاذا اكمل من الثاني
انتقص الآخر فوجب تكيله من الذي يليه وكذا كل شهر الى آخر المدة فوجب اعتباره بالايام ضرورة
ونظيره العدة وقد ينما في الطلاق قال رحمه الله (ومع أخذ أجرة الحمام) لما روى أنه عليه الصلاة
والسلام دخل الحمام في الخفة وانه عارف الناس وقال عليه الصلاة والسلام وما رآه المؤمنون حسنا
فهو عند الله حسن ومن العلماء من كره الحمام لما روى عن عمارة بن عتبة أنه قال قدمت على عثمان بن
عمران فساألني عن مالي فأخبرته أن لي غلمانا وجماله غل فذكر لي غلنا الخيامين وغلة الحمام وقال انه بيت
الشيطان فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شربيت فانه تكشف فيه العورات وتصب فيه الفحشاء
والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا لا يكره اتخاذ حمام النساء لانهن ممنوعات
عن الخروج وقد أمرن بالقرار في البيوت فاجتماعهن قريبا يخلو عن الشتم وقد روى أن نساء دخلن على
عائشة رضي الله عنها فقالت أنتن من اللاتي يدخلن الحمامات وأمرت باخراجهن والعجيب أنه لا بأس
ببناء الحمامات للرجال والنساء جميعا بالصاحبة اليه لان النساء يحتجن اليه لاغتسال مثل الرجال بل
حاجتهن أكثر لكثر أسباب الاغتسال في حقهن من الحيض والنفاس والنجاسة واستعمال الماء البارد
قد ينضروا وقد لا يتسكنن من النسيب هاب به وازالة الوسخ مقصود وذلك يحصل بدخول الحمام وكراهة عثمان

الحمام وان كان مقدارا ما يستعمل من الماء ليس به لازم ولا ممتد ارالعهود فدل اجساعهم على جوار ذلك وان كان القياس بأباه لوروده على

اتلاف العين مع الجهالة اه اتقاني

(قوله في المتن والجوامع) قال الاتقاني وأما الجوامع فلما روى في صحيح البخاري مسنداً إلى ابن عباس قال احتجهم النبي صلى الله عليه وسلم وأعطى الجوامع أجره ولو كان فيه كراهية لم يعطه وفي رواية السنن ولو علمه خبيثاً لم يعطه. وحدث صاحب السنن أيضاً في كتاب البيوع والتجارة مسنداً إلى أنس بن مالك أنه قال حجج أبو طيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر له بصاع من تمر وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجهم ولأنه عمل معلوم أبيع استيفاءً فماذا أخذ الأجرة عليه كسائر الأعمال فان قلت حدث صاحب السنن بأسناده إلى رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كسب الجوامع خبيث وعن الكلب خبيث ومهر البغي خبيث فما الجواب عنه قلت لاشك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجهم فلو كان نجيباً لم يعطه الأجر فيحمل حديث الخبيث على الكراهة طبعاً من حيث المروءة لما فيه من الخبيث والدناءة على أنا نقول إن رايه ليس كابن عباس في (١٣٤) الضبط والاتقان والفقهاء فلا يعارض الحديث حديث ابن عباس فيعمل

وعمامة رضي الله عنهم ما يحول على أنه كان يؤدي إلى كشف العورة قال رحمه الله (والجوامع) أي جاز أخذ أجره الجوامع لما روى أنه عليه الصلاة والسلام احتجهم وأعطى أجرته ولأنه جرى التعارف بين الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا فانعقد اجتماعاً علمياً وقالت الظاهرية لا يحل لما روى أنه عليه الصلاة والسلام من عسى التيس وكسب الجوامع وقفوا الطهارة قلنا هذا الحديث منسوخ بما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال لا رجل إن لي عيالاً ولا غلاماً جواماً أفأطعم عيالي من كسبه قال نعم قال رحمه الله (لا أجره عسى التيس) أي لا يجوز أخذ أجره عسى التيس لقوله عليه الصلاة والسلام إن من المسحت عسى التيس ومهر البغي وكسب الجوامع ولأنه عمل لا يقدر عليه وهو الاحمال فلا يجوز أخذ الأجرة عليه ولأنه أخذ المال بمقابلته الماء وهو نجس مهين لا قيمة له فلا يجوز أخذ الأجرة عليه قال رحمه الله (والاذان والحج والامامة وتعليم القرآن والفقهاء) يعني لا يجوز أخذ الأجرة على هذه الأشياء وقال الشافعي رحمه الله يجوز في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استتجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز وكونه عبادة لا ينافي ذلك ألا ترى أنه يجوز الاستتجار على بناء المسجد وأداء الزكاة وكاتب المصحف والفقهاء ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرأوا القرآن ولأننا كلوا به وعهد عليه الصلاة والسلام إلى عثمان بن أبي العاص وإن اتخذت مؤذناً فلا تأخذ على الاذان أجراً ولأن القربة متى وقعت كانت للعامل فلا يجوز له أن يأخذ الأجر على عمل وقع له كما في الصوم والصلاة ولأن التعليم مما لا يقدر عليه المعلم إلا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزماً لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف بناء المسجد وأداء الزكاة وكاتب المصحف والفقهاء فانه يقدر عليها الاجير وكذا الاجر يكون للأمر لوقوع الفعل عنه نيابة ولهذا لا يشترط أهلية المأمور فيهما بل أهلية الآخر حتى جاز أن يستأجر الكافر فيهما ولا يجوز فيهما من فيه والأصل فيه أن كل شيء جاز أن يستأجر الكافر عليه جاز أن يستأجر عليه المسلم وما لا فلا قال رحمه الله (والفتوى اليوم على جواز الاستتجار لتعليم القرآن) وهو مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك وقالوا بنى أصحابنا المتقدمون الجوامع على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكان لهم عطيات في بيت المال وافقة قدام المتعلمين في حجازة الاحسان بالاحسان من غير شرط ضرورة يعينونهم على معاشهم ومعادهم وكانوا يفتنون بوجوب التعليم خوفاً من ذهاب القرآن وتفرغوا على التعليم حتى ينهضوا لقامة الواجب فيكثر حفاظ القرآن وأما اليوم فذهب ذلك كله واشتغل الحفاظ بمعاشهم وقل من يعلم حسبة ولا يتفرغون له أيضاً فان حاجتهم تمنعهم من ذلك فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالأجر لذهب

بحديث ابن عباس دونه اه
(قوله إن من المسحت عسى التيس) المراد منه استتجار التيس لينزله لانه لا يحصل النزول بالنشاط التيس وليس في يد العبد أحداث النشاط فكان استتجاراً على عمل لا يقدر على تسليمه المؤجر اه قال ابن الاثير وفيه أنه منى عن عسى الفعل عسى الفعل مأثراً فربما كان أو بعيراً أو غيرهما وعسى أيضاً ضربه يقال عسى الفعل الناقة يعسبها عسباً ولم ينه عن واحد منهما وإنما أراد النهي عن الكراء الذي يؤخذ عليه فان اجارة الفعل مندوب اليها فقد جاء في الحديث ومن سقها طراق خلفها ووجه الحديث أنه منى عن كراء عسى الفعل فحذف المضاف وهو كثير في الكلام وقيل يقال لكراء الفعل عسب وعسب فحذف المضاف أي كراءه وعسبت الرجل

إذا أعطيته كراء ضرباً فله فلا يحتاج إلى حذف مضاف وانما منى عنه للجهالة التي فيه ولا بد في الاجارة من تعيين العمل القرآن ومعرفة مقداره اه (قوله وقال الشافعي يجوز في كل ما لا يتعين على الاجير) أي حتى لو تعين بأن كان الامام أو المفتي واحداً لا يجوز الاستتجار بالاجماع وبقوله قال مالك وأحمد في رواية أبي الخطاب عنه وأبو ثور وأبو قلابه ونحوهم أحمد مثل قولنا وبقر لنا قال عطاء والضحاك والزهرى والحسن وابن سيرين وطاوس والنخعي والشمعي اه (قوله وقل من يعلم حسبة) وذلك في تمة الفتاوى الاستتجار لتعليم النسخ لا يجوز كالاستتجار لتعليم القرآن في أول باب القسمة من أدب القاضي وفي الاستتجار لتعليم الحرف روايتان في رواية المبسوط يجوز وفي رواية القدوري لا يجوز وذكر شمس الأئمة السرخسي في باب الاجارة الفاسدة أن مشايخ بلخ اختاروا قول أهل المدينة في جواز استتجار المسلم على تعليم القرآن فتعني أيضاً فتى بالجواز إلى هنا لفظ القصة ثم قال فيها استأجر انساناً يعلم غلامه أو ولده شعراً أو أدباً أو حرفه

مثل الخطاطة ونحوها فالكل سواء ان بين المدة بأن استأجره شهر ايعلمه هذا العمل يجوز ويصح وينفذ العقد على المدة حتى يستحق الاجرة تعلم أو لم تعلم اذا سلم الاستاذ نفسه لذلك أما اذا لم يبين المدة فينقله كمن فاسد حتى لو علم استحق أجر المثل والا فلا وكذا تعليم سائر الاعمال كالخط والهجاء والحساب على هذا ولو شرط أن يحذقه في ذلك العمل فهو غير جائز لان التحذيق ليس في وسع المعلم والحدائق لمعنى في المتعلم دون المعلم ولأن الحدائق ليس لها حد تنتهى اليه فكان مجهولاً جهالة تفضي الى المنازعة اه اتقاني (قوله عبد الله الخيزاخرى) بفتح الخاء وسكون اليا بفتح الهمزة من فتح الهمزة وسكون الالف (١) وفتح الخاء الثانية وكسر الزاي الثانية نسبة الى قرية خيزاخر من قرى بخاري اه جواهر (قوله في المتن ولا يجوز على الغناء والنوح) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي ولا يجوز الاجارة على شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل وشئ من اللهو ولا على الحداء وقراءة الشعر ولا غيره ولا أجر في ذلك وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد لانه معصية ولهو ولعب والاستنجار على المعاصي والاعمال لا يجوز لانه منهي عنه وقد حدث صاحب السنن عن مسلم بن ابراهيم قال حدثنا مسلم بن مسكين عن شيخهم ابا وائل في رواية في رواية عن ابي وائل جبروته وقال سمعت عبد الله يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء البقل اه اتقاني (قوله في المتن والملاهي) كالزمار والطبل وغيرهما وبه قالت الأئمة الثلاثة وأبو ثور (١٣٥) وقال الشعبي والنخعي بكره ذلك ويجوز

أما الاستنجار كاتيكاب يكتب له غناء ونوحاً ويجوز عند أبي حنيفة خلافه صاحب حنفية خلافه صاحب ولائمة الثلاثة وعلى هذا الخلاف الاستنجار على حل الخمر اه كما في قوله كالزمار والطبل والطبل انما يكون منهما اذا كان للهواً ما اذا كان لغيرة فلا بأس به كطبل الغزاة وطبل العرس ألا ترى الى ما قال في الاجناس ولا بأس أن يكون ليل العرس دف بضر بجليلهم ذلك ويعلم به النكاح وقال طهري الدين استحق الولي الجلي في كتاب الكراهة من فتاواه رجل استأجر رجلاً ليضرب

القرآن فافتوا بجواز ذلك ذلك ورأوه حسناً وقالوا الاحكام قد تختلف باختلاف الزمان ألا ترى أن النساء كن يخرجن الى الجساعات في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وفي زمن أبي بكر رضي الله عنه حتى منعهن عمر رضي الله عنه واستقر الامر عليه وكان ذلك هو الصواب وكان الامام أبو بكر محمد بن الفضل يقول يجب الاجر ويحبس عليها وقال في النهاية يفتى بجواز الاستنجار على تعليم الفقه ايضا في زماننا ثم قال وفي روضة الرندويستي كان شيخنا أبو محمد عبد الله الخيزاخرى يقول في زماننا يجوز للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجر قال كذا في الذخيرة ولا يجوز استنجار المصنف وكتب الفقه لعدم التعارف قال رحمه الله (ولا يجوز على الغناء والنوح والملاهي) لان المعصية لا تستور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر من غير أن يستحق هو على الاجير شيئاً اذا المبادلة لا تكون الا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ولو استحق عليه للمعصية لكان ذلك مضافاً الى الشارع من حيث انه شرع عقداً موجبا للمعصية تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً ولان الاجير والمستأجر مشتركان في منفعة ذلك في الدنيا فتكون الاجارة واقعة على عمل هو فيه شريكة في النهاية معزياً الى الذخيرة وان أعطاه الاجر وقبضه لا يعمل له ويجب عليه رده على صاحبه وفي المحيط في كتاب الاستحسان اذا أخذ المال من غير شرط سباح لانه أعطاه المال عن طوع من غير عقد ولو استأجر من له القصاص رجلاً ليقتل له فلا أجر له خلافاً لما ذكره رحمه الله ولو استأجر القاضي رجلاً ليتوهم في مجلس القضاء يقيم الحدود جاز ولو استأجره للحدود وان قصاص لم يجز ولو استأجره لاستيفاء القصاص فيمادون النفس جاز قال رحمه الله (وفسد اجارة المشاع الامن الشريك)

له الطبل ان كان لله ولا يجوز لانه معصية وان كان للغزاة والفرز أو لغير ذلك لانه طاعة اه اتقاني (قوله في المتن وفسد اجارة المشاع) قال في نسخة القدوري للعلامة فاسم رحمه الله قال الكرخي في جامعته نص أبو حنيفة أنه اذا أجر بعض ملكه أو أجر أحد الشرى بكن نصيبه من اجنبي فهو فاسد سواء فيما يقسم وما لا يقسم قلت صحح في الحقائق أنه فاسد وحكي عن بعض أنه باطل وهو في نظم الخلافات وقال القاضي اجارة المشاع فيما يقسم وما لا يقسم فاسدة في قول أبي حنيفة وعليه الفتوى وان أجر من شريكه جاز في أظهر الروايتين ولو من ثالث لا يجوز في الاظهر قال في الفتاوى الصغرى وفي المزارعة والمعاملة والوقف الفتوى على قول أبي يوسف ومحمد لكان الضرورة والبلوى وفي اجارة المشاع على قول أبي حنيفة وقال في الحقائق والفتوى على قول أبي حنيفة واعتمد النسبي وبرهان الأئمة المجري وصدرا الشريعة وقال في شرح الكفر لا يملك وفي المتن أن الفتوى اليوم في اجارة المشاع على قولهم ما قلت شاذ مجهول القائل فلا يعارض ما ذكرنا اه وكتب على قوله وفسد الخ مانعه فان قلت كيف جاز أبو حنيفة على الرواية المشهورة عنه اجارة المشاع من الشريك ولم يجوز رهن المشاع ولا هبة المشاع من الشريك وغيره قلت انهم ما يشترط فيهما القبض والاشاعة تؤثر في القبض بخلاف الاجارة فان معتمداً توقف على القبض اه اتقاني

(١) قوله وفتح الخاء الثانية كذا في الاصل والذي في بعض ما قوت أنها مفهومة اه كتيبته

(قوله وعندهم يجوز بشرط بيان نصيبه) المذكور في الخلاصة والبدائع جواز اجارة النصيب عندهما وان لم يعرفه المستأجر اه
 (قوله لهما ان المشاع منفعة) وجه قوله ما ان الاجارة بيع المنفعة لان طريق جوازها اقامة العين مقام المنفعة فصارت كبيع العين
 ثم بيع العين يصح في الشائع وغيره فكذا بيع المنفعة ولان العقود التي يبطلها الشيعون يستوي فيها الشريك وغير الشريك كالرهن
 والهبة حتى لو رهن المشاع أو وهبه من شريكه أو غير شريكه لا يجوز زفه نه المأبث ان اجارة المشاع من الشريك جائزة ثبت ان الشيعون
 لا يبطل الاجارة فوجب ان تصح الاجارة مشاعا من الاجنبي كما تصح من الشريك وكذا اذا أجر داره من اثنين اه اتقاني (قوله فروع) قال
 الشيخ أبو الحسن السكرخي في مختصره ولا يجوز اجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عند أبي حنيفة وزفر الا ان يكون المستأجر
 شريكا في العقار فيستأجر نصيب شريكه أو شريكه كانه في صفقة واحدة في قول أبي حنيفة وكذلك قال أبو حنيفة في رجلين أجر دارا
 لهما من رجل فهو جائز وان مات أحد المؤجرين بطلت الاجارة في نصيبه والاجارة في نصيب الحى صحيحة على حالها ولا يجوز أيضا عند
 أبي حنيفة ان يستأجر من عقار مائة ذراع ولا من أرض جريبا أو جريبين اذا كانت أكثر من ذلك الى هنا لفظ السكرخي وقال في شرح
 الطحاوي اجارة المشاع من شريكه جائزة بالاجماع ومن غير شريكه لا تجوز عند أبي حنيفة وعندهما تجوز وبيع المشاع يجوز من شريكه
 ومن غير شريكه بالاجماع سواء كان مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتمل القسمة ورهن المشاع من شريكه ومن غير شريكه سواء كان مما يحتمل
 القسمة أو لا يحتمل القسمة لا يجوز وعند الشافعي يجوز وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة وفيما يحتمل القسمة لا تجوز عندنا وعند
 الشافعي تجوز وفرض المشاع جائز بالاجماع (١) وأما وقف المشاع فأبو حنيفة لا يرى الوقف مشاعا كان أو غيره وعندهما يجوز الوقف
 ثم على قول أبي يوسف وقف المشاع جائز وعند محمد باطل ولو أجر داره من رجلين صفقة واحدة فانه يجوز وهذا لا يكون مشاعا بخلاف
 الهبة فانه اذا وهب داره من رجلين صفقة (١٢٦) واحدة لا يجوز عند أبي حنيفة ثم العقد متى حصل في غير المشاع فاعترض الشيوع

وهذا عند أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما يجوز بشرط بيان نصيبه وان لم يبين نصيبه لا يجوز في
 الصحيح لهما ان للمشاع منفعة وتسليمه ممكن بالتخلية أو بالتأثير ولهذا يجب أجر المثل عنده فصار كما اذا
 أجر من شريكه أو من رجلين وكالشيوع الطاريئ بان مات أحد المستأجرين وكالعارية وهي أقرب
 اليها لان العارية لا تنفع بها الا أنم بلا عوض فلم يمكن الانتفاع به لما جاز عارته فاذا جازت عارته فأولى
 أن تجوز اجارته لان تأثير الشائع في منع التبرع أقوى من تأثيره في منع المعاوضة ألا ترى أن هبة الشائع
 لا تجوز بعهه يجوز ولا في حنيفة رحمه الله أن المقصود من الاجارة الانتفاع والانتفاع بالمشاع لا يمكن
 ولا يتصور تسليمه بخلاف البيع لان المقصود فيه المالك وهو أمر حكى فأمكن فيه فيجوز والانتفاع حسي

في البعض لا يبطل به العقد
 كما لو استأجر دارا من رجلين
 ثم مات أحد المؤجرين لم
 تنقض الاجارة في حصه الحى
 وان بقيت مشاعا وكذا لو أجر
 داره من رجلين صحت الاجارة
 ثم اذا مات أحد المستأجرين
 انتقضت الاجارة في حصه

وبقي في حق الحى كما كان جائزا الى هنا لفظ الامام الاسيحي في شرح الطحاوي وقد صرح ان اجارة المشاع من الشريك جائزة فلا
 بالاجماع وينبغي أن يكون هذا على الرواية المشهورة عن أبي حنيفة لان القدوري قال في التقریب وذكر الطحاوي في اختلاف أبي يوسف
 وزفر الذي رواه ما يوجب أن لا تصح اجارة المشاع ثم قال والمشهور بجوازه وذكر القدوري أيضا في شرحه لمختصر السكرخي فقال وأما
 اجارة المشاع من الشريك فقد روى زفر عن أبي حنيفة أنه لا تجوز لان ما لا يجوز من غير الشريك لا يجوز مع الشريك كالرهن
 والهبة وقال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال أبو حنيفة اجارة المشاع غير صحيحة سواء كان تحتها للقسمة كالدار وغيرها
 أو غير تحتها كالدابة ونحوها وقال صاحباه والشافعي صحيحة وثمرة الاختلاف تظهر في وجوب المسمى عند التسليم والانتفاع عنده
 لا يجب وعندهم يجب وهل يجب أجر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في رواية لا يجب وبعض مشايخنا عولوا على هذه
 الرواية وقالوا ان هذه الاجارة باطلة وفي رواية يجب وبعضهم عولوا على هذه الرواية وقالوا انها فاسدة وهو الصحيح الى هنا لفظ العالم في
 طريقته اه اتقاني قوله وقرض المشاع جائز بالاجماع صرح في كتاب الهبة قرض المشاع والوصية بالمشاع اه (قوله بخلاف البيع)
 وجهه قول أبي حنيفة أنه أجر ما لا يقدر على تسليمه وكل عقد لا تثبت القدرة فيه على تسليم المعقود عليه يفسد كاجارة العبد الا بق
 والمبيع قبل القبض واجارة الارض السخنة التي لا تثبت للزراعة وانما قلنا هذا لان الشائع وان كان منتفعا به لكن لا يمكن تسليمه الا بالتأثير
 والتأثير حكم مستحق بالعقد بناء على حكمه وهو المالك فلا يصلح شرط الجواز العقد لان شرط العقد يسبقه أو يقرن به وحكم العقد يعقبه
 فلا يصح اجارة المشاع اذن لثلاثة اقسام الحقيقة ولان الهبة وهبة قسمة منافع الاعيان عقد في نفسه فلو كانت شرط الصحة لاجارة كانت
 بمنزلة شرط عقد في عقد وذلك فاسد ففسد به الاجارة ولان المستأجر لا يتوصل الى الانتفاع بالنصف الذي استأجره الا بالانتفاع بالنصف
 الذي لم يستأجره فصار كرجل أجر داره من رجل واشترط للمستأجر أن ينتفع بدار أخرى للمؤجر فذلك فاسد فكذا هذا اه اتقاني

(١) قول المحشى وأما وقف المشاع الخ فكذا في الاصل وارجع الى الاصول الصحيحة في تحرير هذه العبارة فلعلمها لا تخلو من تحريف اه مصححه

(قوله على أنه روى عنه) قال القدوري في كتاب التقرير بروي الحسن عن أبي حنيفة وزفر بطلان العقد في الجميع يعني في اجارة المشاع من الشريك وغيره والشيوع الطارئ كوت أحد المؤجرين أو أحد المستأجرين (١٣٧) وغير الطارئ لان المعنى المفسد في الابتداء

وجوب المهايأة عدم الاستيفاء

وهذا موجود في الثاني اه

اتقاني (قوله الفتوى في

اجارة المشاع على قولهما)

بل الفتوى على قوله كما تقدم

في القولة التي على قوله في

المستن وفسد اجارة المشاع

فلترجع اه (قوله وقيل

العقد يرد على السنين) أي

والخدمة منه بدليل انها لو

أرضعته بلين شاة لم تستحق

الاجر وان حصلت الخدمة

(قوله في المستن وبطعامها

وكسوتها) أي ولم يرد على

ذلك ويكون لها الوسط منه

استحسانا وانما يجب الوسط

اذ لم يوصف لان البديل اذا

ثبت في الذمة مطلقا وجب

الوسط منه كالمهر والدية اه

وكتب ما نصه قال الاتقاني

يعني اذا استأجر الدئر على

طعامها وكسوتها ولم يرد على

ذلك جاز ويكون لها الوسط

من ذلك استحسانا عند أبي

حنيفة وقال لا يجوز وهو

القياس وهو قول الشافعي

قال شافعي في الجامع الصغير

عن يعقوب عن أبي حنيفة

في الرجل يستأجر الدئر

بطعامها وكسوتها قال جاز

استحسن ذلك وقال شافعي

ويعقوب لا يجوز وان سمي

الطعام براشهم وسعى الكسوة

فروصف بنفسها وشرها

وأجلها وذرعهما فغير جائز

فلا يمكن بمشاع فيبطل ألا ترى أنه يجوز بيع الخش دون اجارة لما قلنا والتخلية اعتبرت تسليما في شغل
يمكن وفي المشاع لا يمكن من الانتفاع به ولا من القبض فكيف يجعل تسليما ولا معتبرا بالتمام ولأنه
يستحق حكم الملك المنفعة يصار اليه عند الحاجة الى القسمة بعد الملك لان حكم العقد يعقبه والقدرة على
التسليم شرط لجواز العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يتصور أن يكون شرط الثبوت ككونه حكما ففسد
بخلاف ما اذا أجرة من شريكه لانه لا شيوع في حقه اذ الكل في يده غير أن النصف بحكم الملك والنصف
الآخر بحكم الاجارة ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد الحاجة على أنه روى عنه أنه لا يجوز لان
استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد لا تأتي الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد للعقد كمن استأجر
أحد زوجي المقرض لقرض الثياب وبخلاف ما اذا أجرة من رجلين لان العقد أضعف الى الكل ولا
شيوع فيه وانما الشيوع يظهر حكم التفرق الملك فيما بينهم ما هو طارئ وكذا اذا مات أحد المستأجرين
انفسخ العقد في نصيب الميت وبقي في نصيب الحي شافعي وهو طارئ فلا يضر كالشيوع الطارئ في الهبة
وهذا لان الشيوع انما كان مفسدا لكونه مانعا من القبض ولا حاجة اليه بعد القبض والعارض ليس
بلازم فلا يجب تسليمه وعند التسليم جاز الانتفاع بجميعه ولو جرد اذنه في ذلك وصار كلعارية فلا
شيوع والحيلة في اجارة المشاع أن يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فانه يجوز لان الشيوع الطارئ
لا يفسد كما في الهبة أو يحكم الحسا كم يجوزه وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما قال رحمه
الله (وصح استئجار الظئر بأجرة معلومة) والقياس أن لا يصح لانها ترد على استهلاك العين وهو اللين فصار
كاستئجار البقرة أو الشاة ليشرب لبنها أو البستان لياكل ثمرة وجه الاستحسان قوله تعالى فان أرضهم
لكم فأثروهم أجورهم وعليه اجماع الامة وقد جرى التعامل به في الاعصار من غير تكثير ولا نسلم أن
العقد يرد على استهلاك العين بل على المنفعة وهو عصاة الصبي وتلقية ثديها او خدمته وترتيبه والابن
تابع وانما لا تستحق الاجرة اذا أرضعته بلين الشاة لانهم تأت بالواجب وهو الارضاع وتلقية ثديها
والعين قد تدخل تبعاً للمنفعة كما اذا استأجر صبيا غاليا يصبع له الثوب فانه يجوز ويدخل الصبيغ فيه تبعاً
والعقد وارد على المنفعة وهو فعل الصباغة لا على استهلاك العين بخلاف استئجار البقرة والشاة ليشرب
لبنها لان فيه عقداً لاجارة ورد على العين مقصودا فافترقا وقيل العقد يرد على اللبن لانه المقصود لقيام مصالح
الصبي به وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا رواه ابن سماعة عن محمد بن
الله فانه قال استحقاق لبن الامة بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل
على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة ولهذا لو أرضعته بلين الشاة في المدة لا تستحق الاجرة والى هذا
القول مال شمس الأئمة وقال هو الاسع والاول أشبهه بالثقة وأقرب اليه وقال في السكافي وهو الصحيح
وقد ذكرنا بطواب عما اذا أرضعته بلين الانعام قال رحمه الله (وبطعامها وكسوتها) هذا عند أبي حنيفة
رحمه الله وقال لا يجوز وهو قول الشافعي وهو القياس لان الاجرة مجهولة فصارت كاستأجرها بما
للطبخ والخبز وله أن الجهالة هنا لا تنفي الى المنازعة لان العادة جرت بالتوسعة على الاطراف شفقة على
الاولاد ولا يشترطها بل يعطى ما يطلب وبوافقه على مرادها والجهالة اذ لم تنفص الى المنازعة لا تمنع
الحصة كبسيع فقير من صبرة طعام بخلاف الطبخ والخبز وغير ذلك لان الجهالة هي التي تنفي الى المنازعة
لجربان المصا كسنة والمضايقة فيها وفي المحيط لو شرط طعامها وكسوتها عند ستة أشهر وشرطت
دراهم مائة عند الفطام ولم تضاف شيئا من ذلك جاز استحسانا من غير بيان عند أبي حنيفة رحمه الله
والمعنى ما بيناه وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام براشهم ووصف بنس الكسوة وأجلها وذرعهما جاز

الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وجه قولهما أن هذا يدل عن المنفعة لانه عقد معاوضة فبما يصح مع الجهالة لان الجهالة مانعة من الحصة كما
في سائر عقود الاجارات والمعارضات اه (قوله وله أن الجهالة) أي ليست بمنفعة لذاتها بل لكونها مقدمة الى المنازعة والجهالة مانعة

(قوله ويشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة) أي لان له جلا وموثة اه غاية (قوله وفي الكسوة يشترط بيان الاجل) قال الاتقاني وأما الكسوة فلا بد من بيان الاجل فيها لانها لا تصلح غنا بكل حال (قوله في المتن ولا يمنع الزوج من وطئها) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي رحمه الله في شرح الكافي وان كان الزوج رضى بالاجارة فأرادوا منعه من غشيانها مخافة الحمل ليس له - ثم ذلك لان هذا ضرر موهوم والمنع من الوطء ضرر متحقق وتحمل الضرر الناجم لدفع ضرر موهوم أصغر لم يرد به الشرع اه اتقاني (قوله ولكن ليستأجر منع زوجها من دخول بيته) فان لقيها في منزله فله غشيانها ولا يسع الظئر أن تمنعه نفسها ولا يسع أهل الصبي أن يمنعوها من ذلك اه غاية (قوله اذا حبلى المرضعة (١٣٨) أو مرضت تفسخ الاجارة) قال الكرخي في مختصره وليس للظئر ولا للمسترضع أن

يفسخ الاجارة الا من عذر اه غاية (قوله ولهم الخيار) أي لأهل الصبي اه (قوله وكذا اذا كانت فاجرة) أي زانية اه (قوله لانها تستغل عنه بالفجور) أي عن حفظ الصبي اه غاية (قوله ولا يبعد أن يقال عيب الفجور الخ) قال في التيسير وقوله تعالى ضرب الله مثلا للذين كفروا امرأة نوح وامرأة لوط أي بين الله تعالى الكافر بين تنبيهاتهم لا ينفعهم الوصول بالنكاح وغيره مع اختلاف الدين وفيه نوع تنبيه لزوج النبي صلى الله عليه وسلم أن وصلته مع النبي صلى الله عليه وسلم لا تخين من الله شيئا اذا عصين وخالفن الامر وقوله تعالى كانتا تحت عبيدين أي في نكاح عبيدين صالحين من عبادنا استعملناهما للنبوة والرسالة ففانناهما أي في الدين أي كفرتا ولم يسلمتا ولم ينصبا للرسولين بالمساعدة على

أي بالاجماع وقالوا معنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه دراهم فيكون معناه على هذا التقدير ان سمي بدل الطعام دراهم حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه لكن لا يفهم منه انه أعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه انه سمي بدل الطعام دراهم لا غير ولو سمي الطعام وبين قدره ووصفه جاز بالاجماع لزوال الجهالة ولا يشترط تأجيله لان المقدرات الموصوفة في الذمة آثمان ولا يشترط في الثمن أن يكون مؤجلا بل يجوز حالا ومؤجلا ويشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة رضى الله عنه خلافا لهما وقد بيناه في السلم وفي الكسوة يشترط بيان الاجل أيضا مع بيان الجنس والقدر لانها لا تثبت موصوفا في الذمة الاسلام يشترط فيها شرائط السلم قال رحمه الله (ولا يمنع الزوج من وطئها) لانه حقه فلا يمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان للزوج أن يفسخ الاجارة اذالم يكن يعلم بها سواء كان يشينه اجارتها بأن كان وجها بين الناس أو لم يشينه في الاصح لما أن له أن يمنعهما من الخروج وأن يمنع الصبي الدخول عليها ولان الارضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها فكان له المنع منه كما يمنعهما من الصيام تطوعا لكن اذا ثبتت الزوجية باقرارهما ليس له أن يفسخ الاجارة لانهما لا يصدقان في حق المستأجر كما اذا أقرت المنكوسة المجعولة بالرق لانسان تصير رقيقا ولا تصدق في حق بطلان النكاح ولكن للمستأجر منع زوجها من دخول بيته لان المنزل له قال رحمه الله (وان مرضت أو حبلى ففسخت) أي اذا حبلى المرضعة أو مرضت تفسخ الاجارة لان لبن الحبل والمرضة يضر بالصغير وهي يضرها أيضا الرضاع فكان لها ولهم الخيار دفعها للضرر عنها وعن الصبي وهذا لان هذا الاجارة والاجارة تفسخ بالاعذار وكذا الوتقيا لئلا يلهى الفسخ لان ذلك يضر بالصبي وكذا اذا كانت سارقة لانهم يخافون على متاعهم وعلى حلي الصبي وكذا اذا كانت فاجرة بانها فجورها لانها تستغل عنه بالفجور بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي وقال في النهاية ولا يبعد أن يقال عيب الفجور في هذا فوق عيب الكفر ألا ترى أنه كان في نساء بعض الرسل كامرأة نوح و لوط عليهما السلام وما بغت امرأة نبي قط هكذا قال عليه الصلاة والسلام وكذا اذا كان الصبي لا يأخذ ثديها مكان لهم أن يفسخوا الاجارة والظئر أيضا أن تفسخ الاجارة اذا كان يحصل لها الاذى منهم وكذا اذا لم تجر لها عادة بارضاع ولد غيرها لانها ربما لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبلي به من المقاساة والسهر فاذا جرت بذلك وعرفت أنها تتضرر به كان لها الفسخ وكذا اذا عير وهابه كان لها الفسخ لانها تتضرر به على ما قيل تجوع الحرة ولا تأكل بثديها ولومات الصبي أو الظئر انتقضت الاجارة ولومات أبو الصبي لا تنتقض لان الاجارة واقعة للصبي لا للاب سواء كان له مال أو لم يكن ولهذا لو كان للصبي مال تجب الاجارة من ماله اذ هي كالنفقة ولو سافرت الظئر وأهل الصبي تفسخ الاجارة لانه عذر الا اذا خرج الاخر معه

الاسلام وقيل كانتا منافقتين وقال ابن عباس ففانناهما بالنفاق ولم تفجرا امرأة نبي قط اه (قوله وكذا اذا لم تجر لها عادة الخ) قال في شرح الكافي ولا يسع الظئر أن تطعم أحدا من طعامهم بغير أمرهم لان الثابت لها حق الاكل دون الاطعام فان زارها أحد من ولدها فلم أن يمنعه من الكسوة عندها ولهم أن يمنعوها من الزيارة اذا كانت تضر بالصبي لانها تخل بإفشاء المستحق بالعقد وما كان من ذلك لا يضر بالصبي فليس لهم منعها لان صلة الاقارب واجبة فلا يجوز الاخلال بها اه غاية (قوله الا اذا خرج الاخر معه) قال الكرخي في مختصره وليس لهم أن يجسوا الظئر في منزلهم اذ لم يشروطوا ذلك عليها ولها أن تأخذه الى منزلها وهي مأمونة عليه وفيما عليه من حلي أو كسوة ان يسرق منه شيء لم تضمنه اه اتقاني

(قوله في المتن وعليه اصلاح طعام الصبي) قال الاتقاني نقلا عن الكرخي فان كان الصبي يأكل الطعام فليس على الظن أن تشترى له الطعام وذلك كله على أهله وعليه أن تهيئه له اهـ (قوله في المتن فان أرضعته بلبن شاة فلا أجر) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي ولو استأجر ظئرا ترضع صبيها في بيتها فجعلت توجره بلبن الغنم وتغذوه بكل ما يصلح حتى يستكمل الحولين ولها لبن لم ترضعه منه بشئ أو ليس لها لبن فلا أجر لها لانها لم ترضعه أشار إلى أن الارضاع ما يقع بلبن الآدمي وما وراءه يكون طعاما ولا يكون أرضاعا فلم تأت بالمستحق عليه فلا تستحق الاجر فان تحدثت ذلك وقالت أرضعته فالقول قولها مع عيبتها لان الظاهر أن الصبي لا يبقى الا اذا أرضع بلبن الآدمي فكان القول قولها الا أن تقوم البيعة على خلاف ذلك فيه وخدشها لانها أقوى وان أقام جميعا البيعة أخذت بينهما لانها تثبت استحقاق الاجر عليه وان استأجرت له ظئرا فان أرضعته كان مثل هذا في القياس ولكنني أستحسن أن يكون لها الاجر وجه القياس أن المقود عليه أرضاعها وقد فقد وجه الاستحسان أن المعقود عليه فعل الارضاع فاذا أتت به بنفسها أو بناتها تستحق الاجرة كافي الخياطة وأشباهها وتصدق بالنفل لانها أخذت زيادة لا على عمل منها اهـ غاية (قوله وانما نتبع على فعل الارضاع الخ) قال شيخنا صاحب النهاية يجوز أن يكون هذا الحكم غير مسلم عن صاحب المبسوط فان قيل ذكر في المبسوط لوضاع الصبي في يدها أو وقع فسات أو سرق من حلي الصغير أو من متاعه أو ثيابه في يدها لم تضمن الظن لانها بمنزلة الاجير انما ليس بالبرود والعقد على منافعه في المدة بخلاف الاجير المشترك على قول من يضمه وذكر في الذخيرة لو أجزت الظن بنفسها من قوم آخرين ترضع صبيها لم يعلم بذلك أهلها الا ولون حتى يفسخوها فأرضعت كل واحد منهم ما وفرغت فتدأمت وهذه جناية منها رهاها الاجر كاملا على الشرطين وهذه تدل على أنها كالأجير المشترك والا لما وجب الاجر كاملا ولو وجب الاجر كاملا ينبغي أن لا تأثم قلنا الوجه أن أجير الواحد في الرضاع يشبهه الاجير المشترك من حيث أنه يمكنه إنشاء العمل لكل واحد منهما كافي الخياط ثم لو كانت أجير واحد حقيقة لم تستحق (١٣٩) الاجر كاملا فليشبهها بالاجير المشترك تستحق

الاجر كاملا ولشبهها بالاجير الواحد تأثم كذا فرده شيخنا صاحب النهاية اهـ قال الاتقاني ثم التفتنا إلى استرجعت الرضاع هل هي أجير واحد أو أجير مشترك تكلم المشايخ فيها قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي الذي هو

قال رحمه الله (وعليه اصلاح طعام الصبي) لان خدمة الصبي واجب عليه او هذا منه عرفا وهو معتبر فيما لانص فيه وغسل ثيابه منه والطعام والقيام على الوالد وما ذكره محمد رحمه الله من أن الدفن والريضان على الظن فهو على عادة أهل الكوفة قال رحمه الله (فان أرضعته بلبن شاة فلا أجر) لانها لم تأت بالعمل الواجب عليه وهو الارضاع وهذا الجار وليس بالارضاع وهو غير ما وقع عليه عقد الاجارة وفي المحيط لو استأجر شاة لترضع جديا أو صديا لا يجوز لان لبن البهائم قيمة فرقت الاجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز وليس لبن المرأة قيمة فلا تتبع الاجارة عليه وانما نتبع على فعل الارضاع والتربية والحضانة قال رحمه الله (ولو دفع غزلا لينسج به نصفه أو استأجره ليحمل طعامه بفقير منه أو أجزله كذا اليوم بدرهم لم يجز) لانه في الاولى والثانية جهل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى فقير الطعام وقد نهي عنه عليه

(١٧ - زيلعي خامس) مبسوطه والمسائل متعارضة في هذا الباب بعضها يدل على أنها في معنى أجير الواحد وبعضها يدل على أنها في معنى الاجير المشترك والصحيح أنه ان دفع الوالد اليه الترضعه فهي أجير مشترك وان جعلها له منزلة فهي أجير واحد وقال الكرخي في مختصره والظن بمنزلة الاجير انما ليس لها أن توجر بنفسها من غير الاولين اهـ (قوله في المتن ولو دفع) بلا ضمير كذا في خط الشارح رحمه الله وفي بعض نسخ المتن ولو دفعه بالضمير اهـ وكتب على قوله في المتن ولو دفع غزلا الخ ما نصه قال في شرح الاتقاني قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع غزلا إلى حائك يسهو ويكتمون على النصف قال هذا باطل وله أجر مثل والنوب لصاحب الغزل الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير ركذا اذا استأجر حمارا أو رجلا يعمل طعاما بفقير منه محمولا وكذا لو استأجر طحانا يطحن طعاما بفقير دقيق فالاجارة فاسدة ويجب أجر المثل قال الفقيه أبو الليث عبد الله الذي ذكره محمد قول علي بن النعمان وكان مشايخنا لا يجيزون ذلك مثل زهير بن يحيى ومحمد بن سنان وقال في خلاصة الفتاوى في رجل دفع إلى حائك غزلا وأمره أن ينسج له ثوبا أو ينسجه على أن ثمنه أو ربه ثمنه ثلث أجر المثل لم يجز وكان القاضي الامام أبو علي النسفي رحمه الله يفتي بجواز ما سلف بهكم العرف قال والفتوى على جواب الكتاب الى هنا لفظ الخلاصة وقال في كتاب الحرث من صحيح البخاري قال إبراهيم بن سيرين وعطاء والحكم والزهرى وقتادة لا بأس أن يعطى النوب بالثالث والرابع ونحوهما ما فسد الاجرة في هذه المسائل بل يجهل أحسنها أنه جعل الاجر شيئا معدوما وهو بعض النوب وبعض الطعام المحمول والاجر يجب أن يكون موجودا عينا كذا أو كذا فكذا في معنى فقير الطعام وقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم أن يدفع شيئا إلى طبعها بفقير من دقيقه عند الحاجة وقد روي في أوائل كتاب الاجارة عن كتاب الأثر مستندا الى رافع بن خديج عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أن من جعل ثوبا فاعطاه فقير قال ابن بارم قال الله استأجرته فقال لا تستأجره بشئ منه والثاني ان العمل فيكم هذه الاجارة ان صادفت خلافة غير مشترك بينه وبين المستأجر في الأجرة ففي

الانتهاء صادفت محلا مشتركا لانه اذا عمل صار شرا يكاو لو وقع العمل ابتداء وانتهى في محل مشترك كما لو استؤجر رجل طعاما مشتركا أو لطن
منطقة مشتركة بينه وبين الطحان لم ينفذ العقد أصلا حتى لا يجب الاجر فاذا صادف محلا غير مشترك ابتداء ومشترا كان انتهاء لا يمنع
الانقضاء وتنتفع الصحة ثم اذا فسدت الاجارة على جواب الكتاب كان للعامل أجر المثل لانه لم يرض بعمله مجافا فاداسلم عمله ولم يسلم له
المسمى كان له أجر المثل لكن لا يجاوز به قيمة المسمى لان العامل رضى بذلك القدر فلا يستوجب الزيادة وفي الاجارة الفاسدة لا يزاد على
قيمة المسمى الا اذا كان الفساد لجهالة المسمى بأن سمي الاجر دابة أو ثوبا فيفتن بجواب المثل بالغاما بلغ وكذا اذا فسدت الاجارة لفوات
شروط هي غوب فيه من جهة الاجير كما لو أجر داره كل شهر بعشرة دراهم على أن يهرها ويؤدى فوائدها فسدت الاجارة فان لم يهرها
المستأجر ولم يؤد فوائدها يجب أجر المثل بالغاما بلغ ولا ينقص عن المسمى وكذلك لو قال أجرتك هذه الدار شهر بعشرة على أن لا تسكنها
فسدت هذه الاجارة فان سكنها يجب أجر المثل (هـ ٣٣) بالغاما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص منه وهذا أيضا يرجع الى جهالة المسمى

في الحقيقة كذا قال سقر الدين
قاضي خان وانما كان الثوب
لصاحب الغزل لانه صاحب
الاصل وأما مشايخ بلخ فاعلموا
يجوزوا ذلك لان الناس
تعاملوا بذلك حيث احتاجوا
اليه ووجدوا له نظيرا وهو
المزارعة والمعاملة اه اتقاني
(قوله قصار هذا أصلا يعرف
به الخ) قال في الهداية وهذا
أصل كبير يعرف به فساد
كثير من الاجارات قال
الاتقاني أي جعل الاجر
بعض ما يخرج من عمل
الاجير أصلا عظيم يعرف
بحكم كثير من الاجارات
كما اذا استأجره لم يعصر له
قفيز درهمين من دهنه
وكذلك اذا دفع أرضه ليغرس
شجرا على أن يكون الأرض
والشجر بينهما نصفين لم يجز
والشجر لرب الأرض وعليه
قيمة الشجر وأجر ما عمل كذا

الصلاة والسلام وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه فصار هذا أصلا يعرف به فساد
جنسه والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض ما يخرج من عمل الاجير والقدرة على
التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلا يعتد بقادره ففسد ولا نه جعل الاجر
شيا لا يمكن تسليمه الا بعمل الاجير العمل الذي يجب عليه بحكم العقد فتكون القدرة التي هي شرط العقد
قائمة بحكم العقد فتصير عقلة حكم العقد والشرط لا يصلح حكما فكذا لا يصلح قائما به فاذا نسج أو جعل غله
أجر مثله لا يجاوز به المسمى بخلاف ما اذا استأجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الآخر حيث
لا يجب له شيء من الاجر لان الاجير فيه ملك النصف في الحال بالتحميل فصار الطعام مشتركا بينهما في
الحال ومن حمل طعاما مشتركا بينهما وبين غيره لا يستحق الاجر لانه لا يعمل شيئا لشريكه الا ويقع بعضه
لنفسه فلا يستحق الاجر هكذا قالوا وفيه اشكالان أحدهما أن الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك
بالحقيقة منها بالعقد عندنا سواء كان عينا أو دينا على ما بيناه من قبل فكيف ملكه هنا من غير تسليم ومن
غير شرط التحميل والثاني أنه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا
ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه وكان مشايخ بلخ والنسفي
يجزون حمل الطعام ببعض المحول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم بذلك وقالوا من لم
يجوزه انما لم يجوزه بالقياس على قفيز الطحان والقياس يترك بالتعارف ولئن قلنا ان النص يتناول دلالته
فالنص يختص بالتعامل ألا ترى أن الاستصناع ترك القياس فيه وخص عن القواعد الشرعية بالتعامل
ومشايخنا ردهم انهم لم يجوزوا هذا التخصيص لان ذلك تعامل أهل بلاد واحدة وبه لا يخص الاثر
بخلاف الاستصناع فان التعامل به جرى في كل البلاد وعمله يترك القياس ويخص الاثر والحيلة في
جوازه أن يشترط قفيزا مطلقا من غير أن يشترط أنه من المحول أو من الطحون فيجوز في ذمة المستأجر
ثم يعطيه منه ثم الاصل فيه أنه متى ما جعل المستأجر المحول كله لنفسه وشرط له الاجر من المحول فسدت
الاجارة فاذا عمل الاجير استحق أجر المثل كسئلة الكتاب المذكورة ومتى ما جعل المحول لبعضه له
والبعض الباقي أجره بطلت الاجارة وان حمل لا يستحق شيئا لانه ملكه بالعقد وفي الاول لم يملكه على
ما بينا وفي الثالث وهو ما اذا استأجره ليخبره كذا اليوم بدرهم فلان المعتقد عليه مجهول لان ذكر الوقت

في الشامل وكذا اذا استأجره ليغزل هذا التطن أو هذا الصوف برطل من غزله وعلى هذا اجتناء القطن بالنصف ودياس
الدخن بالنصف وحصاد الحنطة بالنصف ونحو ذلك كله لا يجوز اه (قوله فكيف ملكه هنا من غير تسليم) الفرض أنه وجد التسليم
لانه مجرد الحمل وجد التسليم اه قارئ الهداية رحمه الله (قوله والثاني أنه قال ملكه في الحال) أي على تقدير الصحة اه (قوله والنسفي) هو
أبو علي استاذ الخوانساري اه (قوله والحيلة في جوازه أن يشترط قفيزا مطلقا) قال الاتقاني رحمه الله قالوا والحيلة في جواز قفيز الطحان
أن يشترط صاحب الحنطة قفيزا من الدقيق الجيد ولا يقول من هذه الحنطة لان الدقيق اذا لم يكن مضافا الى حنطة بهيتمها يجب في الذمة ثم
اذا طعن يعطيه صاحب الحنطة من الدقيق ان شاء فيجوز اه (قوله وفي الثالث وهو ما اذا استأجره ليخبره الخ) قال الخاكم الشهيدي في
الكافي واذا استأجر الرجل رجلا يعمل له عملا ما يوم الى الليل بدرهم خياطة أو صباغة أو خبزا أو غير ذلك فالاجارة فاسدة عند أبي
حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد فيخبرها استحسننا ونجعل الاجارة على العمل دون اليوم اه اتقاني (فرع) قال في المختلف والخبر

وكذلك لو استأجر دابة من الكوفة الى بغداد ثلاثة أيام فهو على هذا الاختلاف اه اتقاني (قوله وعن أبي حنيفة الخ) قال الاتقاني وقال النخعي أبو الديث في شرح الجامع الصغير وذكره شام عن محمد أنه قال (١٣١) في قول أبي حنيفة اذا قال استأجرتك لهذا العمل هذا اليوم فالاجارة فاسدة

ولو قال في هذا اليوم فالاجارة جائزة قال والمعنى في ذلك أنه اذا قال هذا اليوم جعل اليوم مدة الاجارة واذا قال في هذا اليوم لم يجعل اليوم مدة ولم يكن جعل اليوم ظرفا لهذا العمل اه (قوله في المتن وان استأجر أرضا على كبرها) كبرها كبرت الأرض أكرها كرها وكرا با اذا أثرتم بالزرع وفي النمل الكراب على البقر أى لا تنكرى الأرض إلا بالبقر يعنون أن ممارسة كل أمر جرب بآلته وفي لفظ المثل خلاف يعرف في المستقصى وكري النمر حفره اه غايه (قوله لان أثر الثنية وكري الانهار الخ) والاسل هنا ان ما كان ملائما للمقد لا يكون مفسدا له ثم بعد ذلك نقول انما تستأجر الاراضى لمنفعة المستأجر خاصة فكل فعل ينتفع به المستأجر خاصة كالكراب والزراعة والسقي يكون ملائما للعقد وكل فعل ينتفع به المؤجر خاصة يكون مخالفا للعقد مفسدا له كشرط ابقاء السرقين ورد الأرض سكروية وهو احدناولى الثنية وتكرار الكراب وهو التأويل الآخر في الثنية قال الصدر

يوجب كون المعقود عليه هي المنفعة وذكر العمل مع تقدير الدقيق يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لاحدهما على الآخر فنفع المستأجر في وقوعها على العمل لا يلا يمتنع الا جرا لا بالعمل لكونه أجيرا مشتركا ونفع الاجير في وقوعها على المنفعة لا يمتنع الا جرة بمعنى المدة عمل أو لم يعمل ففسد العقد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ان الاجارة جائزة ذكر قولهما في كتاب الاجارة من المبسوط ولم يذكره في الجامع الصغير ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فلما لا جركاملا وان لم يفرغه في اليوم فعليه أن يعمل في الغد لان المعقود عليه هو العمل لانه المقصود وهو معلوم وذكر اليوم للتجمل فكانت استأجره للعمل على أن يفرغ منه في أول أوقات الامكان فيعمل عليه تصحح العقد عند تعذر الجمع بينهما ويرجح بكون العمل مقصودا دون الوقت وتقدير الممول يدل عليه لان الاجارة اذا وقعت على المنفعة لا تقدر بالعمل وانما تقدر بالوقت وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه اذا سمى عملا وقال في اليوم جازت الاجارة لان كلمة في الظرف لا تقدر المدة فلا يقتضى الاستغراق فكان المعقود عليه العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذف فانه يقتضى الاستغراق وقد مر تطهيره في الطلاق في قوله أنت طالق غدا أو في الغد ولو استأجره ليخبره كذا من الدقيق على أن يفرغ منه اليوم يجوز بالاجماع والفرق لا يوجب حنيفة رحمه الله أن اليوم هنا لم يذكره الا لاثبات صفة في العمل والصفة تابعة للوصف غير مقصودة بالعقد ألا ترى أنه لو استأجره على أن يفرغ منه في أول أوقات الامكان فيعمل عليه ما مقصودا حتى لا يقابل شيء من الثمن وأما في مسألة الكتاب ذكر اليوم قصدا كالمثل فقد أضيف العقد اليهما على السواء وليس أحدهما في جعله معقودا عليه بأولى من الآخر لا خلاف أغراض المستأجرين ورغباتهم لان منهم من يعمل الى الوقت طمعا في زيادة العمل ومنهم من يعمل الى العمل خوفا من بطلان العامل ومعنى الوقت بلا عمل وقد تختلف أغراض الاجراء أيضا فمنهم من يعمل الى العمل كي يفرغ منه بالجملة ويستغل بعمل آخر أو يستريح ومنهم من يعمل الى الوقت كي يستحق الاجارة وان لم يعمل فلا يتخرج أحدهما على الآخر ففسد قال رحمه الله (وان استأجر أرضا على أن يكرها أو يزرعها أو يسقيها أو يزرعها ص) لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة مستتقة بالعقد ولا تنافي الزراعة إلا بالسقي والكراب فكان العقد مقتضيا فلا يفسد قال رحمه الله (وان شرط أن يثنيها أو يكرى أن يزرعها أو يسرقها أو يزرعها بزرعة أرض أخرى لا كاجارة السكنى بالسكنى) لان أثر الثنية وكري الانهار والسرقة يبقى بعد انقضاء مدة الاجارة فيكون فيه نفع صاحب الأرض وهو شرط لا يقتضيه العقد فيفسد كالبيع ولان مؤجر الأرض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير منفعة في صفة وهو مفسد أيضا لكونه منافع حتى لو كان بحيث لا يبقى اذ فعل أثر بعد المدة بأن كانت المدة طويلة أو كان الربح لا يحصل الا بالفساد اشتراطه لانه ما يقتضيه العقد لان من الاراضى ما لا يخرج الربح الا بالكراب من اراو بالسرقة وقد يحتاج الى كرى الجداول ولا يفي أثره الى القابل عادة بخلاف كرى الانهار لان أثره يبقى الى القابل عادة وفي لفظ الكتاب إشارة اليه حيث قال كرى الانهار لان مطلقه يتناول الانهار العظام دون الجداول واستأجر الارض ليزرعها بأرض أخرى ليزرعها الآخر يكون بيع الشيء بجنسه نسيئة وهو حرام لما عرف في موضعه وكذا السكنى بالسكنى أو الر كوب بالركوب الى غير ذلك من المنافع واليه أشار محمد رحمه الله حين كتب اليه محمد بن معاوية لا يجوز اجارة سكنى اربسكنى دار بقوله في جوابه في الكتاب انك اطلعت الفكرة وأصابك الحيرة

الشهد في شرح الجامع الصغير ما للثنية وشي أن يرد ما كروية عند البعض وأن يكرها من عند البعض وهو الصحيح فلا يشترط لا يقتضيه العقد ولا أحد المذهبين فيه منفعة فصار مفسدا اه اتقاني مع حذف قوله لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار الخ قال الشارح رحمه الله في كتاب القسمة عند القول المنفعة رحمه الله دور مشتركة مانعه قال في اجارة الاصل ان اجارة الدار بمنافع الحائز لا يجوز اه

(قوله وجالست الخنثائي) الخنثائي رجل منهم في دينه كذا نقل من حاشية بخط الاتقاني رحمه الله اه (قوله الخنثائي) اسم رجل محدث ينكر
الخصوص على ابن سماعة في هذه المسئلة وشيخنا رحمه الله جعل سجاسة اياه زلة هذا كاه شطب عليه الشيخ الشافعي رحمه الله بالاحمر
وهي حاشية كتبها الشارح على هامش نسخة اه (١٣٣) (قوله كبيع القوهي بالقوهي نسبيته) يعني أن بيع القوهي بالقوهي

وجالست الخنثائي فكانت منسك زلة أما علمت أن اجارة السكني بالسكني كبيع القوهي بالقوهي نسبيته
وهذا مشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضا لان الدين بالدين لا يجوز وان
سكن بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع يتعقد ساعة فساعة على حسب حاجتها على ما بينا من
القاعدة فقبل وجودها لا يتعقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق ديناف كيف يتصور فيها
النسبة فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مخلص والاولى أن يقال ان الاجارة أجزيت على خلاف القياس
للحاجة ولا حاجة الى استئجار المنفعة بجنسها لانه يستغنى عما عنده منها فبقى على الاصل فلا يجوز ولا كذلك
عند اختلاف الجنس لان حاجة كل واحد منهما الى المنفعة التي ليست عنده باقية ثم لو استوفى أحدهما
المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية وذكر الكرخي عن أبي يوسف رحمه الله أنه
لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية والسمي بمقابلته المستوفى بالمنفعة وهي ليست بمال متقوم وجه
ظاهر الرواية أنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد فصار كما اذا لم يسم الاجر وعند الشافعي رحمه الله يجوز
استئجار المنفعة بجنسها لان المنفعة جهلت بوجوده عند بيع الموجود بالموجود قال رحمه
الله (ولو استأجره لجل طعام بينهما فلا أجر له كراهن استأجر الرهن من المرتين) أي لو استأجر أحد
الشريكين صاحبه لجل طعام مشترك بينهما لا يستحق الاجر لا المسمى ولا أجر المثل وقال الشافعي رحمه
الله يجوز الاجارة وله المسمى لان الاجارة بيع المنافع فيجوز في الشائع كبيع الاعيان فخصوصا على أصله
لان المنفعة كالعين عنده فصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينهما وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدا مشتركا
ليخطله الثياب ولنا أن العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لان المعقود عليه جل النصف شافعا وذلك غير
متصور لان الحمل فعل محسوس لا يتصور وجوده في الشائع ولهذا يحرم وطء الحارية المشتركة وتضمنها
لانهم ما فعلان محسوسان لا يتصور وجودهما في الشائع ولو تصور لما حرم بخلاف البيع لانه تصرف شرعي
فيحتمل وروده على الشائع واذا لم يتعقد لا يجب الاجر أصلا ولا نه ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه
فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله الى غيره وبدون
التسليم لا يجب الاجر بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنفعة ويتحقق تسليمها بدون وضع
الطعام وبخلاف العبد المشترك لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه أمر حكى يمكن
اتباعه في الشائع وبخلاف اجارة المشاع عند أبي حنيفة رحمه الله حيث يجب فيه أجر المثل لان فساد
العقد فيه لا يجوز عن التسليم على الوجه الذي أوجبه العقد على ما بينا لانعدام الاستيفاء أصلا فاذا
تحقق استيفاء المعقود عليه وجب الاجر وفيما نحن فيه بطلان العقد له عذر استيفاء المعقود عليه أصلا
من حيث انه عامل لنفسه ولا يتصور أن يكون فيه عاملا لغيره في تلك الحالة وقوله كراهن استأجر الرهن
من المرتين يعني لا يجوز استئجار الشريك هنا كما لا يجوز للرهن استئجار الرهن لانه ملكه والمرتين ليس
بمالك يعني يؤجر منه وهذا لان حقيقة الاجارة هي تسليم المنافع بعوض والمرتين غير مالك للمنافع
فلا عليك عليك اذا التملك من غير المالك محال والراهن انما يتمكن من الانتفاع به من حيث انه مالك له
اذا الملك هو المطلق للتصرف الا أنه منوع عنه بسبب ما تعلق به حق المرتين فاذا بطل حقه بالاجارة صار
منتهجا به على أنه ملك له لزال المنافع قال رحمه الله (ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء

نساء انما لم يجز لان أحد
وصفي على الربا كاف طرمة
النساء وهو الجنس في القوهي
فكذا في المنافع اذا افقت
وجود الجنس فيحرم النساء
وهذا هو المراد من قوله في
المتن الى هذا أشار شيخنا رحمه
الله ببيان ذلك أن المنافع
لا تملك للعامل بل على تقدير
وجودها شيئا فشيئا فيتحقق
التأخير ثبت معنى النساء
اه اتقاني (قوله وقال الشافعي
تجوز الاجارة وله المسمى)
أي لانه اجارة ببدل معلوم
لعمل معلوم في محل هو ملك
المستأجر وقد أراضاه الاجر
فيجب الاجر اذ غاية (قوله
لان الحمل فعل محسوس لا
يتصور وجوده في الشائع)
أي لانه لا يمتاز نصيب المستأجر
من نصيب العامل وكل جزء
فرضته في الشائع فلا عامل
فيه نصيب فيكون عاملا في
ذلك الجزء لنفسه لا للمستأجر
والمستأجر انما استأجره
ليعمل له لانه نفسه ولا أجر
للعامل لنفسه اه اتقاني
(قوله في المتن ومن استأجر
أرضا لم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء
مسائل الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد بن يعقوب
عن أبي حنيفة في الرجل

يؤجر الأرض ولم يسم أنه يزرع فيها شيئا قال الاجارة فاسدة فان اختصما قبل أن يعمل فيها أفسدتها وان زرعها ومضى
الاجل فله الاجر الذي سمي الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وكان القياس أن يزرع هذه المسئلة في أول ما يجوز من الاجارة عند ذكر مسئلة
القدوري وهي قوله ويجوز استئجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها ولكن مع هذا لا تحتمل المسئلة على التكرار
لان في مسئلة الجامع الصغير فائدة وهي قوله وان زرعها ومضى الاجل فله الاجر الذي سمي اه اتقاني

(قوله كما إذا أسقط الاجل المجهول) قال الاتقاني كما قلنا فمين باع شيئا الى الحصاد أو الدياس ثم أسقط الاجل في المجلس أو بعده قبل أو ان الحصاد أو الدياس انقلب جائزا عندنا خلافا لفرق وكافي الصنف بشرط الخيار والاجل اذا أسقط ذلك قبل الاقتراق يجوز عندنا استحسانا خلافا لفرق اهـ (قوله في المتن وان استأجر حمارا الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه وان استأجرها الى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها فان اختصها بحدود الاجارة لان الاجل يختلف باختلاف الخول فلا بد من بيانه ليصير العمل معه او ما قاذم يبين فساد العقد فأردنا الاجارة عندنا اختصامهما وان حمل عليها أو ركبها الى ذلك المكان فعليه ما ساء من الكراء استحسانا لانا جعلنا التعمين بالفعل كالتعمين بالشول في حالة لها حكم ابتداء العقد لان العقد (١٣٣) في حق الحكم ينقض عند حدوث النقص

ولو عين في الابتداء صحيح فكذا في هذه الحالة وكذا لو استأجر عبدا ولم يسم ما استأجره كذا في شرح الكافي وقال نحر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير وان اختصما قبل أن يحمل عليه فالقاضي ينقض الاجارة لان العقد فاسد ما لم يحمل عليه وكذا لو استأجر ثوبا بالباس ولم عين الا بالباس لا يجوز لان الناس يتفاوتون فان عين بالباس بعد ذلك يجوز استحسانا وانما قيد بقوله حمل ما يحمل الناس رأيا في الحل المعتاد ان اذا اجل غير المنة ادق قولك الجار يجب أن يعين وانما لم يجب النسيان في الحل المعتاد لعدم المخالفة لان مطلق الاذن يشترط الى المعتاد ولم ينعقد المعتاد والعين امانة في المستأجر لانه قبضها باذن المالك ولم يوجب له التلف بعد ذلك فلا يضمن وعنه الذين حكم القاضي بوجوبه من

يزرعها فزرعها فاضي الاجل فله المسمى) لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصيب الخليم وكذا ما يزرع فيها مختلف فبعضه أقل ضررا بغيرها وبين جنس ما يزرع فيها فان زرعها ومضى الاجل جازا استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لاند وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهة لا ترفع قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مجيئه والخيار الزائد على ثلاثة أيام قبل مجيئ اليوم الرابع وهو ما على الخلاف قال رحمه الله (وان استأجر حمارا الى مكة ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فتفق لم يضمن) لان العين امانة في يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة لان الناس لم يعتبر بالتحصيل لكونه مشروعا من وجه لانه مشروع بأصله دون وصفه فلا يضمن ما لم ينعقد فاذا نهى ضمن ولا أجر عليه قال رحمه الله (وان بلغ مكة فله المسمى) لان الفساد كان لجهة ما يحمل عليه فاذا حمل عليه ما شيا يحمل على مثلها تميز ذلك فانقلب صحيج الزوال الموجب للفساد قال رحمه الله (وان تشاح قبل الزرع والحل ينقض الاجارة دفعا للفساد) اذا الفساد باق قبل أن ترتفع الجهة بالتعيين بالزرع في المسئلة الاولى والحل في الثانية ولو استأجر دابة ثم عهد الاجارة في بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل التكرار ولا يجب التجرى بعده عند أبي يوسف رحمه الله لانه بالتشود صار غاصبا والاجر والنسيان لا يثبتهما وقال محمد رحمه الله يجب الاجر كله لان المسلم من الاستعمال فسقط النسيان ذكره في الكافي والله أعلم

باب ضمان الاجير

الاجراء على ضرر بين اجير خاص واجير مشترك قال رحمه الله (الاجير المشترك من يعمل لغير واحد) معناه من لا يجب عليه أن يختص بواحد عمل لغيره أو لم يعمل ولا يشترط أن يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد أضافه ومشترا إذا كان بحيث لا يمنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره والوجه أن يقال الاجير المشترك من يكون عنده واردا على عمل معلوم بيان محل العمل من النقص والاجير الخاص من يكون العقد واردا على منفعة ولا نصيب من منفعة معلومة الا بذكر المنة أو بذكر المسافة ومنفعة في حكم العين فاذا صارت مسافة بعقد المعاوضة لا انسان لا يمكن من ايجابه الغير بخلاف الاجير المشترك من المنة وعنه عليه هو الوصف الذي يحدث في العين لاجل فلا يحتاج الى ذكر المنة ولا يمنع عليه قبل مثل ذلك العمل من غيره لان ما سقته الاول في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان ينافي ذمته لا يتعذر عليه ببيعه قبول السلم من غيره والبيع لما كان ينافي العين لا يملك ببيعه من غيره بعد ما ياب عنه فلان كان مشتركا والاول اجير واحد واجير خاص وقد اختلفت عبارات المشايخ الصحيح في الاجارة العجيبة اذا لم يوجد الخلاف لا يجب النسيان فكذا في الاجارة الفاسدة فكيف وقد انقلب عندنا جائزا بالنسيان استحسانا اهـ اتقاني

باب ضمان الاجير

قال الكاكي والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منسوخ من اجير وفاعله في قوله كتاب الاجارات اهـ لما فرغ من ذكر أنواع الاجارة صحيجها وقال في بيان النسيان لانه من جملتها العوارض التي ترتب على عقد الاجارة فاجب الحاج الى بيانه اهـ اتقاني

(قوله فقال بعضهم الاجير المشترك من يتقبل العمل الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره الاجير المشترك القصار والصباغ والخطاط والصانع وكل من يستحق الاجر لعله دون تسليم نفسه ثم قال الكرخي الاجير الخاص من استحق الاجر بالوقت دون العمل وذلك كرجل استأجر رجلا لخدمته شهر او خمسة دراهم او كل شهر بخمسة دراهم او ليخيط معه او ليعمل عملا من الاعمال شهرا كل شهر بكذا وكذا او كل يوم بكذا او كل سنة بكذا وكذا فهذا هو الخاص الى هذا لفظ الكرخي في مختصره وقال في شرح الطحاوي الاجير المشترك هو ان يتقبل العمل من غير واحد واجير الواحد ان يتقبل العمل من الواحد وفي الاجير المشترك العقد انما يقع على تسليم العمل لا على تسليم النفس والعقد في اجير الواحد يقع على تسليم النفس اليه في المدة لا على تسليم العمل الى هذا لفظ شرح الطحاوي وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح السكا في قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الاجير المشترك عندنا القصار والخطاط والاسكاف وكل من يتقبل الاعمال من غير واحد واجير الرجل وحده ان يستأجر الرجل لخدمته شهرا او يخرج معه الى مكة او ما أشبه ذلك والاصل فيه ان كل من ينتهي عنه لياسته مدة معاومة فهو اجير واحد وكل من لا ينتهي عنه بانتهاء مدة مقدرة فهو اجير مشترك لانه اذا انتهى عمله مدة تعذر عليه ان يؤاجر نفسه في تلك المدة من غيره اه اتفاقا (قوله وهذا يؤول الى الدور) الجواب ان هذا تعريف بالاجل والاشهر او تعريفا لما يذكر بما قد سبق ذكره فانه ذكر في باب الاجرم متى يستحق بقوله باستيفاء المعقود عليه اه كما في رحمه الله (قوله في المتن والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك) (١٣٤) قال الكرخي في مختصره فاذا سلم اليه ما سلمه وجب عليه وقبضه فهو

في حقه ما فقال بعضهم الاجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد والاجير الخاص من يتقبل العمل من واحد وقال القدوري المشترك من لا يستحق الاجر حتى يعمل والخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل وهذا يؤول الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك والخاص وحكمهما ان المشترك له ان يتقبل العمل من اشخاص لان المعقود عليه في حقه هو العمل او اثره فيكون له ان يتقبل من العامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فن هذا الوجه معنى مشترك والاجير الخاص لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة للمستأجر والاجير مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال رحمه الله (ولا يستحق الاجر حتى يعمل كالقصار والصباغ) يعني الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل لان الاجرة عقد معاوضة تقتضي المساواة بينهما فسلم المعقود عليه للمستأجر لا يسلم له العوض والمعقود عليه هو العمل او اثره على ما بينا فلا بد من العمل قال رحمه الله (والمناع في يده غير مضمون بالهلاك) سواء هلك بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة او بما لا يمكن كالخريق الغالب والغارة المكابرة وهذا عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد رحمه الله وهو القياس وقال ايضا ان اذا هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه لان عمر وعلم ارضى الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان المعقود عليه الحفظ وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن السبب فيكون المستحق بالعقد حفظا سلميا عن العيب الذي هو سبب الهلاك لانه لا يمكنه العمل الا بالحفظ

أمانة في يده عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو قول حماد بن أبي سليمان وقال أبو يوسف ومحمد هو مضمون عليه بالقبض ان هلك في يده أو تلف بوجهه من الوجوه ضمنه الا ان يكون من شيء غالب لا يحفظ من مثله مثل حريق غالب أو عدم كابر أو سارق كذلك الى هنا فقط الكرخي في مختصره وعند الشافعي يد الاجير يد امانة على الاصح وفي قول آخر عنه يد ضمان وفي قول ثالث ان يد الاجير مشترك

يد ضمان بخلاف المعين للعمل كذا في وجيزهم اه اتفاقا وجه قولهم ما روي في شرح السكا في أن عمر بن الخطاب كان فيكون يضمن الصانع ما أفسد وامن متاع الناس أو ضاع على أيديهم وروي في شرح السكا في أيضا أن عليا كان يضمن الخطاط والقصار ومثل ذلك من الصانع احتياط الناس أن يضيعوا أموالهم وهذا كان من رأيه بديا ثم رجع كذا في شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في أول كتاب الاجارات اه اتفاقا (فرع) اختلاف الاجير وصاحب الثوب فقال الاجير ردت وأسكر صاحبه فالقول قول الاجير عند أبي حنيفة لانه أمين عنده في القبض والقول قول الامين مع الامين ولا يمكن لا يصدق في دعوى الاجر وعندهما القول قول صاحب الثوب لان الثوب قد دخل في ضمانه عندهما فلا يصدق على الرد الا بيمينه اه بدائع (فرع آخر) قال الاتفاق رحمه الله ثم عندهما اذا شئته ان شاء ثمنه قيمة الثوب مقصورا وأعطاه الاجر لانه قد سلم العمل الى المالك وحدت بفعله زيادة في الثوب فكان عليه الاجر وعلى الاجير ضمان الزيادة مع الاصل وان شاء ثمنه قيمة الثوب ولم يأخذ اجرا قصارا لانه هلك المحل قبل وصول العمل الى يد المستأجر حقيقة فأشبهه غلالة المبيع قبل القبض كذا في شرح السكا في في باب متى يجب الاجر للعامل وقال ايضا في باب ما يضمن فيه الاجير قال أبو حنيفة ان هلك الثوب عند القصار فلا ضمان عليه وهو مؤتمن بعد أن يحاف وكذا لو سرق وكذا جميع العمال لانعدام الخيانة منه وعندهما يضمن لانه دخل في ضمانه بالعقد وان لم يتحقق منه جنابة اه وقال السكا في ثم عندهما ان شاء المالك ثمنه مقصورا وأعطى الاجرة وان شاء غير مقصورا ولا أجر له وكذا لو هلك بفعله المالك بالخيار بالاتفاق اه

(قوله ولا يبي حنيفة ومن تابعه الخ) وقول أبي حنيفة قياس لان الحبل أمانة في يده وهلاك الأمانة من غير صنع لا يوجب الضمان وقوله ما استحسان ووجهه أثر عمر رضي الله عنه أنه غاية وكتب مانصه ووجه قول أبي حنيفة ما روى محمد في كتاب الآثار عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم أن شريحاً لم يضمن أجيراً قط إلى هذا لفظ كتاب الآثار وكان حكم شريح بمحضرة الصحابة والتابعين من غير تكبير مثل الإجماع اه اتقاني (قوله في المتن وما تلف به الخ) قال في شرح الطحاوي ولو زعمه الناس (١٣٥) حتى أنكروا فإنه لا يضمن بالاجماع

لان ذلك بخلافه الخرق الغالب والفرق الغالب ولو أنه هو الذي زعم الناس حتى أنكروا فإنه يضمن بالاجماع الى هنا لفظ شرح الطحاوي اه اتقاني وكتب مانصه ولو زعمه الناس فزاد لا يضمن بالاجماع اه بدائع فراه بالاجماع فيه مخالفة لما سيجي في كلام الشارح اه وكتب أيضاً مانصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره وأجمع أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى أنهم مضمون بالاعمال الذي يأخذ عليه الأجر فيضمن التصاريف الخ من دفع أو من مقدم أو من مؤخر أو بسطه أو كذا في الباع في ذلك كله ويضمن أين أفي طبع الثوب إن كان مما يطبخ وكذلك الملاح يضمن ما كان من مره أو حذفه أو ما عالج به السدنة ليس وكتبت المال إذا سقط صاحب من رأسه أو يده أو عرقه سقط ما به فإنه يضمن ذلك وكذلك المال والمكاري إذا كان من سوقه أو فرده أو تسطع الحبل الذي شقته على الشارع

فيكون داخل تحت العقد فيضمن بالهالك كما في الوديعة إذا كانت بأجر وكذا إذا هلك بفعله ولا يبي حنيفة وجه الله ومن تابعه أن القبض حصل بأذنه فلا يكون مضموناً عليه كالأوديعة والغارية ولهذا لا يضمن فيما لا يمكن التحرز عنه كما لو خفف أنفه وكألف صلب من العدو والمكابر ولو كان مضموناً عليه لما اختلف المال بل كان مضموناً عليه مطلقاً كالغصب والقبض على سوم الشراء أو البيع الفاسد وعكسه الوديعة فإنه لا يضمن مطلقاً ولا نسلم أن المعقود عليه هو المفظ بل العمل وإنما يجب عليه المفظ تبعاً لأوقافه لا قصد الان العمل لا تأتي بدون حبس العين ولما لم يمكن العمل إلا بحبس العين كان له حنسه ولهذا لا يقابل شيء من الأجر ولو كان المعقود عليه هو المفظ لكان له حصته من الأجر فصار كأجير الوحد بخلاف الوديعة بأجر لان الحفظ واجب عليه مقصوداً به بل وبخلاف ما إذا تلف به لان العقد يقتضي سلامة المعقود عليه وهو العمل فإذا لم يكن سليماً من وقد روى عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهم ما كانوا لا يضمنان الأجير المشتري وهو قول إبراهيم النخعي فعارضت روايتنا فلهما فلا يلزم حجة وقيل هذا الاختلاف عصر وزمان وليس بشيء لان الاختلاف موجود بين الصحابة فكيف يتصور أن يحمل على اختلاف الزمان بل الخلاف مبني على أن الحفظ معقود عليه عندهما لا أنه لا يمكن من إيفاء المستحق وهو العمل لا يحفظ العين وما لا يتوصل الى الواجب إلا به يكون واجباً كوجوبه فكان العقد وارداً عليه وعنده لا يكون وارداً عليه وقد بيناه وبقولهم ما يعني اليوم لتغير أحوال الناس وبما تحصل صيانة أموالهم وإن شرط الضمان على الأجير المشتري في العقد فإن شرطاً عليه فيضمن لا يمكن الاحتراز عنه لا يجوز بالاجماع لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لا حصة ما ففقدت وإن شرط عليه فيما يمكن الاحتراز عنه فعلى الخلاف فعندهما يجوز لانه يقتضيه العقد عندهما وعنده يفسد لان العقد لا يقتضيه فيكون اشتراطه فيه مفسداً قال رحمه الله (وما تلف به الخ) كخرق الثوب من دقة وزلق الحبال وانقطاع الحبل الذي يشتبه بالحبل وغرق السفينة من مقدمة مضمون) وقال زفر والسافعي رحمهما الله ليس بمضمون عليه لانه مأذون فيه فلا يجامد الضمان كالعين للفقهاء وأجير الوحد وهذا لانه عمل ما عمل بأمره والأمر المطلق ينظم الفعل بنوعه المعبود والسليم والخرق لضعف في الثوب ولئن كان المعنى في فعله فالاحتراز عنه غير ممكن إذ الدق المصلح ليس في وسعه ولئن كان في وسعه فلا يمكن التحرز عنه إلا بخرج عظيم فيكون ملحقاً بما ليس في وسعه فصار كالبراع والفصاد والجحام والظلمات ولهذا لا يضمن تليد القصار وهو يعمل بالأجر ولنا أن التلف حصل بعمل غير مأذون فيه فيكون مضموناً كالأوديعة الثوب بغير أمره وهذا لان الداخل تحت الأذن هو العمل المصالح لا الأذن ليت في ضمن العقد على التسليم لانه مطابق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب على ما مر في البيوع فإذا تلف كان التلف ماصلاً بما ليس بمأذون فيه فصار كما إذا وصى له نزعاً من الدار فأبى نزع آخر بخلاف معين القصار لانه معتبر بعمل المبرع لا يتبدل بالسنة مهلة لا يجمع الناس عن الاعانة فوافقه الغرامة وبخلاف البراع والفصاد ونحوهما لان العقد فيه لم يتناول العمل المصالح ان نفس ذلك العمل

فسقط الشارع وقد كل هو لا يضمنون ما يفسدها الشارع من فساد الخلق منه عند حله سقيته أو بوفائه أو وفده وقال حماد بن أبي سليمان وزفر والحسن بن زياد عوم وعمن في ذلك لا يضمن إلا أن تعدي كما يضمن المردع إذا تعدي ولا يضمن ما بين منه من عاد المستأجر عليه لانه مأذون له فيه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال علماء الدين العالم في طبعه الخلف قال في قوله لا يضمن الأجير المشتري لا يضمن ما يفتيد ما استحساناً والقياس أن لا يضمن وهو قول زفر والسافعي وصورة المسئلة إذا دفع ثوباً الى قصار فبشره بأجر ففقد في المال ونخرق الثوب الى هنا لفظ العالم اه اتقاني (قوله كالعين للفقهاء) أي فإنه غير ضامن لما سيجي اه

(قوله وبخلاف تلميذه لانه أجبر الوعد) قال في التحفة ولو تخرق بدين أجبر القصار لانه عليه ولكن يجب الضمان على الاستاذ لان فعله ينتقل اليه كانه فعله بنفسه وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي واذا دق أجبر القصار ولو بانقرقه فضمنه على الاستاذ دون الاجبر لانه قد نالنا فله الى الاستاذ فكان الضمان عليه ولو وطئ الاجبر على ثوب القصار مما لا يوطأ عليه فخرقه كان ضمانه عليه خاصة لانه ليس بمأذون فيه فاقتصر الاتلاف عليه وان كان مما يوطأ فلا ضمان عليه لانه مأذون في ووطئه ولو وطئ القصار ثوبا بدعيه عنده فخرق كان ضمانه وان كان مما يوطأ اذا لم يكن أذن له في بسطه ووطئه لانه ألتفها بغير أمر فيضمن كذا في شرح الكافي اه اتقاني (قوله أجبر مشترك) الذي في خط المشرح لان الاستاذ أجبر المشترك بالاضافة فتأمل (قوله وانما يجب بالجناية) وعقد الاجارة ليس بجناية فلا يكون سببا للضمان اه (قوله والصحيح انه لا فرق) قال الاتقاني والصحيح عدم الفرق هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف في الرضيع اه (قوله في المتن وان انكسر دن في الطريق ضمن الخ) قال في الدراية ليس يقيده فانه لو كسر عمدا فالحكم كذلك عندنا اه كافي وكتب ما نصه قال في الدراية وقيد في بعض الطريق لانه لو انكسر بعد ما انتهى الى المكان المشروط من جناية يده فلا ضمان عليه ولا الاجر كذا (١٢٣) نقل عن الامام صاعد النيسابوري كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية اه وكتب

افساد وانما السلامة المطلوبة من العمل لا تجاوز الاعتماد وبعد ذلك السراية والاقتصار بمبنيان على قوة المحل في احتمال الالم وسيلان الدم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفته والمشرح عن الوسع لا يستحق بعدد المعاوضة بمحال والتخرق عن التخرق ممكن لانه في وسع القصار يعرف بالنظر في الثوب ما يحتمله من الدق الا انه ربما يلحقه اضرار فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد بالتزامه وانما يعتبر ذلك في حقوق الله تعالى دفعا للخرج حتى اذا اجتهد وأخطأ يكون معذورا وبخلاف أجبر الواحد لانيته وبخلاف تلميذه لانه أجبر الواحد عند استناده وأجبر الواحد لا يجب عليه ضمان ويجب على الاستاذ ما أفسده التلميذ به لانه لان الاستاذ أجبر المشترك دون التلميذ ثم صاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يعطه الاجر وان شاء ضمنه معموله وأعطاه الاجر وقدم نظيره قال رحمه الله (ولا يضمن به بن آدم) يعني عن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان ضمان الادبي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا لا تتحمل العاقلة الا اذا كان بالجناية وقيل هذا اذا كان كبيرا ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده والافهوك كالتناع والصحيح انه لا فرق قال رحمه الله (وان انكسر دن في الطريق ضمن الخ) في مكان محله ولا أجر أو في موضع الكسر وأجره بحسابه) أما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد غير داخل فيضمن على ما بينا وأما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والمحل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من ابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحل حصل بأمره فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أي الجهتين شاء فان مال الى كونه متعديا ضمن قيمته في الابتداء ولا يجب الاجر لانه تبين أنه كان متعديا من الابتداء وان مال الى كونه مأذونا فليس فيه في الابتداء وانما صار متعديا عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر وأعطاه أجره بحسابه هذا اذا كان الكسر بصنعه بأن زلق أو عثر وان كان من غير صنعه بأن زجه الناس فانكسر فلا يضمن عند أبي حنيفة

أيضا ما نصه فان قيل كيف يضمنه في موضع الحل ولم يوسد منه سبب الضمان ثم قلنا لانه لما انكسر في الطريق والحل شيء واحد حكم اذا الحل المستحق بالعقد ما ينتفع به وهو أن يجعله محولا الى موضع عينه ظهرا أنه وقع تعديا ابتداء وفي الحقيقة ابتداء وسليم وانما صار تعديا عند الكسر فان مال الى الوجه الحكي فلا أجر له لانه ما استوفى من عمله أصلا وان مال الى الوجه الحقيقي فله الاجر بقدر ما استوفى والاجر والضمان انما لا يجتمعان عندنا في حالة واحدة وقد اختلفت الحالة ههنا وهذا لانه اذا ضمنه

في مكان الكسر فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل الى موضع الكسر والاجر يجب في حالة الامانة وانما صار مضمونا في حالة الكسر وهذه حالة أخرى اه كافي رحمه الله (قوله وأما الخيار الخ) قال في البدائع وأما التخيير على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر لانه وجد جهتا الضمان القبض والاتلاف فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض وله أن يضمنه بالاتلاف يوم الاتلاف أما على أصل أبي حنيفة فيه اشكال لان عنده الضمان يجب بالاتلاف لا بالقبض فكان لو جوب الضمان سبب واحد وهو الاتلاف فيجب أن يعتبر قيمته يوم الاتلاف ولا خيار له على ما يروى عنه والجواب عنه من وجهين أحدهما أنه وجد سببان لوجوب الضمان أحدهما الاتلاف والثاني العقد لان الاجبر بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه وذلك باعمل المصلح وقد خالف والخلاف من أسباب وجوب الضمان فيثبت له الخيار ان شاء ضمنه بالعقد وان شاء بالاتلاف والثاني أنه لما لم يوجد منه إيفاء المنفعة في القدر الفاتت ففسد تنفعت عليه المستفيدة في المنافع فيثبت له الخيار ان شاء رضى بتفرقها وان شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك الا بالتخيير اه (قوله وأعطاه أجره بحسابه) أي لانه استوفى بعض عمله اه اتقاني (قوله وان كان من غير صنعه الخ) قال الكافي رحمه الله وان تلف في يده بغير عمله بان زجه الناس لا يضمن عند أبي حنيفة بخلافهما وهي مسألة الاجبر المشترك اه وانظر في الصفحة التي قبل هذه الورقة عند القول

التي على قوله في المتن وما تلف بعمله الخ نقلا عن البدائع والاتقاني اه (قوله لان العين مضمونة على الاجير المشترك الخ) قال الاتقاني
قال في شرح الطحاوي والراعي بمنزلة الاجير المشترك اذا كان يرى للعامة فماتلف من سوقه وضربه اياها بخلاف العادة فانه يضمن لانه من
بجناية يده واداساق الدواب على الشريعة فازدجت على القنطرة ودفعت بعضهم باعضاف سقطت في الماء وعطبت فانه يضمن لانه من بجناية
يده ولو ان رجلا قال استأجرتك لترعى غنمي خاصة مدة معلومة فهذا اجير الوحد وقال في الفتاوى الصغرى الراعي اذا كان مشتركا لا يجب
عليه رعى الاولاد التي تحدث فان شرط عليه في أصل العقد يجوز وفي اجير الوحد يجب عليه رعى الاولاد اه (قوله في المتن ولا يضمن
حجام أو بزاع) قال في الفتاوى الصغرى والتمة أيضا اذا شرط على الحجام والبزاع العمل (١٣٧) على وجه لا يسرى لايصح هذا الشرط

لانه ليس في وسعه ذلك ولو
شرط على القصار العمل على
وجه لا يتفرق صح لان في
وسعه ذلك اه اتقاني (قوله
في المتن أو فساد) فساد
القصار من جهة ضرب وهو
في الآدمي وبزاع من حذفت
وهو في الحيوان يقال بزاع
البيطار الدابة اذا شتمها بالمزغ
وهو مثل مشرط الحجام كذا
في المغرب قاله الحكاكي وقال
الاتقاني والبيطار اشق في
جلد أو غيره يقال بطرت الجلد
أبطره وأبطره بطرا وهو أصل
بناء البيطار وقالوا رجل يبطر
وبيطر ومبطر وكل ذلك
راجع الى ذلك كذا في الجوهرة
اه (قوله ما ذكرنا من قبل)
قال الاتقاني بخلاف ما اذا
هلك من عمل القصار ومضوه
لان ذلك من خرقه أو تقصيره
لان في وسعه الاتيان بالعمل
المسلم دون المفسد وذلك
لان الفساد اما أن يكون
مخرق في العمل بالدق لا على
الوجه الذي يحتمل الشوب أو
لخشونة في المداقة أو خلل

رضي الله تعالى عنه لان المناع أمانة عنده وعندهما يضمن قيمته في موضع الكسر لانه تسلم العمل
باتصاله بملكه فيعطيه أجرته ولا يخير في هذه الصورة عندهما لان العين مضمونة على الاجير المشترك
عندهما على ما بينا قال رحمه الله (ولا يضمن حجام أو بزاع أو فساد لم يعد الموضع المعتاد) لانه التزمه
بالعهد فصار واجبا عليه والفعل الواجب لا يجامه الضمان كما اذا حذفت القاضي أو عزرو مات المضروب
بذلك الا اذا كان يمكنه التحرز عنه كدق الثوب ونحوه مما ذكرنا من قبل لان قوة الثوب ورقته يعرف
به ما يحتمل من الدق بالاجتهاد فأمكن تقييده بالسليم منه بخلاف الفصد ونحوه فانه يمتد على قوة الطباع
وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما يحتمل من الجرح فلا يمكن تقييده بالسليم وهو غير الساري فسقط
اعتباره الا اذا جاوز المعتاد فيضمن الرائد كله اذا لم يهلك وان هلك يضمن نصف دية النفس لانها تلفت
بأذن فيه وغير ما ذون فيه فيضمن بحسابه وهو النصف حتى إن اختلص لقطع الشفة وبرأ المقطوع
تجب عليه دية كاملة لان الرائد هو الشفة وهو عضو كامل فتجب عليه الدية كاملة وان مات وجب
عليه نصف الدية لما ذكرنا وهي من أندر المسائل وأعسر رحا حيث يجب الاكثر بالبرء وبالهلكة أقل
قال رحمه الله (وانما يسقط الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كن استر جرح شهر للخدمة
أول رعي الغنم) أي الاجير الخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه للعمل على أول يومه يسمى اجيرا خاصا
وأجير وحاد لا يتخص به الواحد وهو المستأجر وليس له أن يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت
مستحقة له والاجر مقابل بها فيستحقه مالم يمنعه من العمل مانع حسي كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع
التمكن من العمل قال صاحب الهداية الاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقص العمل
قال صاحب النهاية نقص على البناء للمفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روى عن محمد رحمه الله في خياط
خاط ثوب رجل بأجر فتمقه رجل قبل أن يقبض ربه الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى ربه
الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لو أجبر عليه كان يجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك
العقد قد انتهى بتسليم العمل وان كان الخياط هو الذي فتح فعلية أن يعيد العمل لانه هو الذي نقص عمله
فصار كأن لم يخط وكذلك الاسكاف والملاح حتى اذا رد الملاح السفينة أو نقص الاسكاف الخياطه أجبر
على اعادةها وانما يكون أجيرا وحادا اذا استأجره لرعي الغنم اذا شرط عليه أن لا يرعى لغيره أو ذكر المدة
أو لا نحو أن يستأجر راعيا شهر البرعى له غنما مسماة بأجر معلوم فانه عليه أجر الوحد بأول الكلام لانه
أوقع الكلام على المدة في أوله وقوله بعد ذلك لرعي الغنم يحتمل أن يكون لا يقع العقد على العمل في يسير
أجير مشترك لان الاجير المشترك هو الذي يقع عقده على العمل ويحتمل أن يكون لبيان نوع العمل
الذي يستحق على الاجير الخاص في المدة فان الاجارة على المدة لا تصح في الاجير الخاص ما بين نوع

(١٨ - زيلعي خامس) في الثوب بان كان فيه حماسة أو فساد طي وغير ذلك والرجل اذا كان بصيرا في منتهه يمكنه الضرر عن
ذلك بالمبالغة في البحث عن الخلل والمراقبة في الدق فاذا كان ذلك تمكنا أو مستأجرا رضى الابه هذا الشرط حتى الاذن بالفساد ضرورة اه
(قوله فيضمن الخ) لانه ظهر منه التقصير وذلك بأن يوضع ثلاثة أوراق ويقال للحجام احرب عشر طلك على مسدات الأوراق وانفسد من
الاثنين دون الثالث فان فعل ذلك فهو حاد ولا يضمن والاثنين اه باكير (قوله تجب عليه دية كاملة) حذفت القاضي في بجناية فتاواه
عن محمد رحمه الله تعالى اه (قوله والمطر) حتى لو استأجره لا تخاذ الطين أو غيره في الصحراء فطر ذلك بمسد ما خرج الاجير الى الصحراء
لا أجر له لان تسليم النفس في ذلك العمل لم يوجد مكانه المندوبه كان يفتى المرغيفاني اه دراية

(قوله أو يجعله متردد بين مسافتين في الدابة) قال في الظهيرية في الاجارة رجل ا كثرى دابة وقال ان ركبته الى موضع كذا فبكذا وان ركبته الى موضع كذا فبكذا أو ذ كر ثلاثة مواضع جاز استحسننا وفي الزيادة على الثلاثة لا يجوز و ذ كر محمد رحمه الله اهـ هذا أصلا فقال الاجارة متى وقعت على أحد الشيئين أو على أحد الاشياء الثلاثة وسمى لكل واحد أجر معلوما بأن قال أجرتك هذه الدار بخمسة دراهم أو هذه الاخرى بعشرة دراهم أو هذه الثلاثة بخمسة عشر درهما أو قال ذلك في البيوت الثلاثة أو الخوانيت الثلاثة أو الاعد الثلاثة أو قال ذلك في أنواع الخياطة الى الثلاثة يجوز وفي الزيادة لا يجوز و فرق بين الاجارة وبين البيع اذا باع (١٣٩) أحد هذين العبدين وسمى لكل واحد

منهم ما غنما لا يجوز الا أن يشترط الخيار في ذلك للبائع أو المشتري على ما عرف وفي الاجارة يجوز من غير خيار لان الاجارة يجري فيها من المساحة ما لا يجري في البيع اهـ (قوله وهو جواز العقد في اليوم الاول الخ) قالوا في شروح الجامع الصغير في قول أبي حنيفة الشرط الاول جائز والشرط الآخر فاسد اهـ اتفاقا (قوله

وعند زفر الشرطان فاسدان) أي فان خاطبه في اليوم أو في الغد أو بعد غد يجب أجرة المثل لا ينقص عن نصف درهم ولا يزداد على درهم كذا ذكر الزاهد العتاي وغيره قال الكرخي في مختصره

فان خاطبه من بعد الغد له أجر مثله في قولهم جميعا اهـ انشائي (قوله لان اجتماع في اسميتان في اليومين) يانان ذ كر اليوم للتعجيل لان تأقيت الاجارة باليوم فاذا كان كذا كان ينبغي التسمية

بين زمانين يجوز في الوقت الاول أو يجعل المنفعة مترددا في دكان بان قال ان سكنته حدة اذا فبدرهمين وان سكنته عطارا فبدرهم أو قال ذلك في بيت أو يجعله مترددا بين مسافتين في الدابة أو بين جانين بان قال أجرتك هذه الدابة الى بغداد بكذا أو الى الكوفة بكذا أو بان قال له أجرتكها على أنك ان حملت عليها قنطارا من حنطة فبخمسة وان حملت عليها قنطارا من حديد فبعشرة وكذا لو خيره بين ثلاثة أشياء جاز ولا يجوز أكثر من ذلك على ما بينا في البيوع والمعتبر فيه البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا يشترط اشتراط الخيار هنا وفي البيع روايتان والشرط على احدهما أن الاجر لا يجب الا بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه وهو العمل مع أو ما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهة على وجه لا يرتفع الا باثبات الخيار وفيه خلاف زفر والشافعي رحمه الله وقد بيناه في البيوع فاذا عرف هذا جمل فلا بد من الكلام فيه مفصلا ليهتدي الطالب الى معرفة كل واحد منها بعلمتها فتقول أما الاول وهو ما اذا قال ان خطته فارسا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين فانما جاز لانته سمي نوعين معلومين من العمل وسمى لكل واحد منهما ما لا معاوما فيجوز كما اذا خيره في البيع بين عبيدين على ما بينا في موضعه وأما الثاني وهو ما اذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فالمد كور هنا وهو جواز العقد في اليوم الاول دون اليوم الثاني قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما الشرطان جائزان وعند زفر الشرطان فاسدان لانه اجتمع فيهما اسميتان في اليومين لان المسمى في غده والمسمى في اليوم ايضا والمسمى في اليوم هو المسمى في الغد ايضا وانما ذ كر اليوم والغد للتعجيل والترفيه لا غير ألا ترى أنه لو قال خط لي هذا الثوب غدا بدرهم فخطه اليوم استحق الدرهم وكذا لو قال خط لي هذا الثوب بدرهم فخطه غدا استحق الدرهم فاذا كان كل واحد منهما مسمى في الوقتين فسدت الاجارة لان ذ كر البديلين على البديل بمقابلته مبدل واحد مفسد فصار نظيره قوله بعثك حالا بألف درهم ومو جلا بألفين وله ما أن ذ كر اليوم لتأقيت وذ كر الغد لاضافة فهذا حقيقة واستعمالهما الترفيه والتعجيل مجاز والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على المجاز لا سيما اذا كان عمله على المجاز يؤدي الى الفساد وكل واحد منهما معاوما وبذلك معاوما فصار نظيره خطاطة الرومية والفارسية بخلاف حالة الانفراد لانه لو حمل على التأقيت لفسد العقد ان تعين العمل مع تعين الوقت لا يجتمعان فصارنا الى المجاز بدلالة حالهما اذ مقتضودهما العدة دون الفساد ولا ي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن اليوم للتعجيل والغد لاضافة والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازة وقد قام الدليل على ارادة المجاز في ذ كر اليوم وهو التعجيل لان مرادهما العدة وهو متعين في المجاز لان تعين العمل مع التوقيت مفسد فان تعين العمل بوجوب كونه أجيرا منسبتر كما وتعين الوقت

الاول في الغد فاذا جاء الغد جمع فيه اسميتان وذ كر الغد للترفيه فاذا كان للترفيه كانت التسمية المضافة الى الغد موجبة في اليوم ايضا فيجتمع اسميتان ايضا في اليوم فيلزم البدل على البديل بمقابلته عمل واحد حقيقة فسد العقد في اليومين جميعا اهـ انشائي (قوله خطه اليوم استحق الدرهم) فدل على ان ذ كر الغد للترفيه لا لاضافة والتعجيل فاجتمع في اليوم اسميتان ففسد العقد لاجتماع (قوله خطه غدا استحق الدرهم) أي لان العقد المعتبر في اليوم باق الى الغد لان ذ كر اليوم للتعجيل لا للتوقيت فاجتمع في الغد ايضا اسميتان والخياطة واحدة فيجب احدي التسميتين وهي جمولة وهما بهالة توفعهما في المنازعة اهـ (قوله لان لو حمل على التأقيت لفسد العقد) أي ومتى حمل على التعجيل أو الترفيه لا اهـ كما في (قوله ولا ي حنيفة رحمه الله ان اليوم للتعجيل) أي لان التوقيت لا جارة باليوم وله ما نصحت الاجارة في اليوم الاول بالاتفاق فلو كان لتوقيت لم تجمع لانه يندمج في الوقت والعمل اهـ

(قوله لان مؤنته عليه) أي
مؤنة الرد على الموصى له
بالخدمة دون الوارث اه
(قوله ليس للمستأجر أن يأخذ
منه) أي ليس للمستأجر
أن يسترد من العبد المحجور
الاجرا اه (قوله فاذا جازت
الاجارة) أي بعد ما سلم من
العمل اه كأي (قوله
وسلم من العمل) أي أنه لو هلك
الصبي من العمل فعلى عاقلة
المستأجر الدية وعليه الاجر
فيما عمل قبل الهلاك بخلاف
العبد المحجور اذا هلك من
العمل يجب عليه قيمته ولا
أجر عليه لما ذكرنا من ان
غاصبا اه كأي (قوله
ولا خيار للعبد) أي بغير
خلاف اه كأي (قوله
فالعبد اختيار) أي كالصبي
اذا بلغ في مسئة الاجارة اه
كأي (قوله فأجر ما يستقبله
العبد) قال الاتقاني الان
المولى هو الذي يتولى قبض
جميع الاجرة وليس للعبد
تفويضها بعد اختيار المضي
عليها وان كان المستأجر
عمل الاجرة كلها للمولى قبل
أن يعمل العبد شيئا في أول
الاجارة فالاجرة كلها للمولى
اذا اختار المضي على الاجارة
لان المولى قد كان ملك الاجرة
قبل عتقه (قوله لانه انما
مال الغير بغير اذنه) أي لان
كسب العبد ملك المولى
ولو زال كان الكسب قائما
بعبته أخذه المولى اه اتقاني

بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يقيده بالخدمة لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف في حقه ولا يقال
لما ملك المستأجر منافعه ينزل منزلة المولى فيه وللمولى أن يسافر به فكذا لهذا لاننا نقول انما ملك المولى
ذلك لانه يملك رقبته لا ملك المنفعة ألا ترى أن للمولى أن يبيع رقبته وأن يزوجه ولا يملك المستأجر ذلك
فكذا ليس له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك أو يكون وقت الاجارة متهيبا للخدمة وعرف بذلك لان الشرط
ملزم والمعروف كالمشروط ولو سافر به ضمن لانه صار غاصبا ولا أجر عليه وان سلم لان الضمان والاجرة
لا يجتمعان قال رحمه الله (ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور أجرا يدفعه اليه لعله) معناه لو استأجر شخص
عبد محجور عليه من نفسه فعمل وأعطاه الاجر ليس للمستهأجر أن يأخذه منه والقيام له أن يأخذه لان
عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر لانه بالاستعمال صار غاصبا له ولهذا يجب عليه ضمان
قيمته اذا هلك ومنافع المصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على مالكه فكان له أن يسترده وجهه
الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ بالمضار على اعتبار هلاك العبد وانما نفع ما دون فيه
فيجوز فتخرج الاجرة عن ملكه فليس له أن يسترده وهذا لان العبد محجور عن تصرف بغير المولى
لا عن تصرف ينفع المولى ألا ترى أنه يجوز قبول الهبة بغير اذن المولى لكونه نفعاً في حق المولى وجواز
الاجارة بعد ما سلم من العمل فتمحض نفعاً في حق المولى لانها اذا جازت يحصل للمولى الاجر بغير ضرر ولو
تجزأ منافع العبد عليه مجازا فنعين القول بالجواز فاذا جازت الاجارة صح قبض العبد الاجرة لانه
العاقدة قبض البدل الى العاقدة متى صح قبضه لا يكون المستأجر أن يسترده منه بخلاف ما اذا هلك للعبد
في حالة الاستعمال فانه يجب على المستأجر قيمته واذا ضمن صار مال كله من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا
منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر وكذا الصبي المحجور عليه اذا أبر نفسه وسلم من العمل كان الاجر
له لانه غير ممنوع مما ينفعه من التصرفات ولهذا يملك قبول الهبة وجواز الاجارة بعد الفراغ من العمل
نفع محض وفي النهاية الاجر الذي يجب في هاتين السورتين أجر المثل فان أعتقه المولى في نصف المدة نفذت
الاجارة ولا خيار للعبد فأجر ما مضى للمولى وأجر ما يستقبل للعبد وان أجره المولى ثم أعتقه في نصف
المدة فله العبد اختيار فان فسخ الاجارة فأجر ما مضى للمولى وان أجازه أجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى
لانه هو العاقدة قال رحمه الله تعالى (ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره) معناه اذا غصب رجل
عبداً فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب من يد العبد الاجرة فأكله فلا ضمان عليه وهذا عندنا في حقيقته
رحمه الله وقال عليه ضمانه انه ألتف مال الغير بغير اذنه ولا تأويل لان المال للمولى لان اجارته نفسه
جائزة على تقدير السلامة على ما يتبادر وكسب العبد لم يزل لانه يبيع رقبته فيكون الغاصب مستديراً
بالأخذ منه والاتلاف فيضمن ولا في حقيقته رحمه الله أن الضمان يجب باتلاف مال غير متقوم وهذا
ليس بمحرز لان الاضرار يكون بيده أو بيد نائبه وهذا المال ليس في يده ولا في يد نائبه لان الغاصب ليس
نائباً عنه والعبد ليس في يده نفسه بل هو في يد الغاصب وما في يده يكون في يد الغاصب أيضاً تبعاً لنفسه
فلا تصور أن يكون محرزاً محرزاً اذ هو لا يحزر نفسه عن الغاصب فكيف يحزر ما في يده عنه وسالم يبيع
في يد المولى حقيقة أو حكماً بالاستناد لا يكون مضموماً له فصار تليق المال المرسوف في يد السارق بعد القطع
ولان الاجرة بدل المنفعة والبدل حكمه حكم المبدل ولو ألتف الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها
ولان الغاصب لو أجر العبد بنفسه وأخذ الاجرة أو أكله فلا ضمان عليه فكذا اذا أجر العبد نفسه لان
العبد في يده فيكون فعله كفعله من وجه لانه في ضمانه ومن وجه كفعله المالك لانه هو المالك لرقبته
وساير تدبين أصلين يوفر عليه حفظهما فربما جازب المالك عند تيسر الاجر في يده فقلنا المالك أحق به
وربما جازب الغاصب في حق الضمان وقلنا لا ضمان فيه على الغاصب اذا أكله لان الأصل وهو
العبد في ضمانه كالمبيع اذا اكتسب في يد البائع واستعمل البائع كسبه لا يجب عليه الضمان عندنا
حقيقته رحمه الله لان الأصل في ضمانه وهو المبيع بخلاف ولد المصوب حيث يجب على الغاصب ضمانه

(قوله ولو اجر) أي الغاصب اه (قوله كان الاجر له) أي لا للمالك ولا لغيره على الغاصب بالاكل بالاتفاق وعند الأئمة الثلاثة يرجع المالك على الغاصب بالاجر المثل كالأجر العبد نفسه اه كأي (قوله في المتن وصح قبض العبد أجره) وفائدة هذا تطهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجر فان الخروج من عهده يحصل بأدائه الى العبد فيما اذا أجر العبد نفسه فاما اذا أجره المولى فليس للعبد ولا له قبض الاجر لان العبد ليس بعاقده ولا بوكيل عن العاقده وحقوق العقد ترجع الى العاقده كذا في الايضاح اه معراج الدراية (قوله تحرياً) أي طلباً اه (قوله انصرف الثاني الى ما يلي الشهر الاول) أي لو عمل في الشهر الاول دون الثاني استحق أربعة دراهم ولو عمل في الشهر الثاني دون الاول استحق خمسة دراهم اه اتقاني (قوله فصار كالموصر حبه) أي وكذا الواسع أجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهمين وشهراً بخمسة فالاولان بدرهمين اه كأي (١٤٣) (قوله في المتن ولو اختلف في إبقاء العبد الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد

بالا تلاف متعدياً لانه ليس بيد المنفعة بل هو جزء الام فبعضه عند التعدي كالام ولهذا الواسع تولدها الغاصب لا يكون الولد له ولو أجر العبد كان الاجر له قال رحمه الله (ولو وجدته ربه أخذه) أي لو وجد مولى العبد ما في يد العبد من الاجرة أخذه لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في المسروق بعد القطع فانه لم يبق متقوم ما حتى لا يضمن بالاتلاف ويبقى الملك فيه حتى يأخذه المالك قال رحمه الله (وصح قبض العبد أجره) أي لو قبض العبد أجرته من المستأجر جاز قبضه بالاجماع لانه المباشر للعقد وحقوق العقد اليه ونصرفه نفع محض على ما مر في عبد غير مضمون فصح لكونه مأذوناً في التصرف النافع قال رحمه الله (ولو أجر عبده هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة صح والاول بأربعة) لانه لما قال أولاً شهراً بأربعة انصرف الى ما يلي العقد تحرياً للامعة كما لو سكت عليه لان الاوقات في حق الاجارة عنزلة الاوقات في حق الممين أن لا يكمل فلان لان تكبرها منفسد فبعضه من عقبيه فاذا انصرف الاول الى ما يلي العقد انصرف الثاني الى ما يلي الشهر الاول تحرياً للجواز أيضاً لانه أقرب الاوقات اليه فصار كالموصر حبه قال رحمه الله (ولو اختلف في إبقاء العبد ومرضه حكم الحال) معناه لو استأجر عبداً شهراً مثلاً ثم قال المستأجر في آخر الشهر ربي أو مرض في المدة أو أنكر المولى ذلك أو أنكر اسناده الى أول المدة فقال أصابه قبل أن يأتي بساعة يحكم الحال فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان القول في الدعوى قول من يشهد له الظاهر ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرشحاً وان لم يصلح حجة كما اذا اختلف في جريان ماء الطاحونة وهذا اذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فظاهر لا اشكال فيه لانه ليس فيه الادفع الاستحقاق عليه والظاهر يصلح له وان كان يشهد للموثر ففيه اشكال من حيث انه يستحق الاجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق وجوابه انه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وانما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره الى ذلك الوقت فلم يكن مستحقاً بمجرد الظاهر وهذا لانهم لما اتفقا على وجود سبب الوجوب أقرب بالوجوب عليه ثم بالانكار بعد ذلك يكون متعزضاً لغيره فلا يقبل منه الا بحجة وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقالت أعتقني قبل ولادته فيكون حرّاً تبعاً الى وقال المولى أعتقتك بعد هذا فلا يعتق كان القول قول من كان الولد في يده لان الظاهر يشهد له وكذا لو باع شجرة افسه ثم اختلف في بيع الثمرهها كان القول قول من في يده الثمره وهذا كله تحكيم للحال قال رحمه الله (والقول لرب الثوب في التقيص والقباء والحجرة والصفرة والاجر وعدمه) يعني اذا اختلف رب الثوب والصانع في الخيط بأن قال رب الثوب أمرتك أن تجعله قباء وقال الخياط قيصاً أو في لون الصبغ بأن قال صاحب الثوب أمرتك أن تصبغه أصفر أو في صبغته أصفر وقال الصباغ بل أمرتني بصبغه أصفر أو في الاجرة بأن قال صاحب الثوب علمته لي بغير أجر وقال الصباغ بأجر كان

عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل استأجر من رجل عبداً له شهرين بدرهمين فقبضه في أول الشهر ثم جاء في آخر الشهر وهو أبق أو مريض فقال المستأجر أبق حين أخذه وقال المؤجر ما كان ذلك الا قبل أن تأتي بساعة قال القول قول المستأجر وان جاء وهو صحيح في يد المستأجر فقال المستأجر أبق حين أخذه أو مرض حين أخذه وكذب المؤجر فالقول قول المؤجر الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير اه اتقاني (١٤٤) قال الاتقاني رحمه الله قبيل باب الاختلاف من كتاب الاجارة ونختم الباب بمسئلة ذكرها شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحياني رحمه الله في باب اجارة الرقيق من شرح الكافي قول واذا استأجر الرجل عبداً لخدمته كل شهر بأجر مسمى فهو جائز لان الخدمة المعتادة ماومة

ووقتها ما مر فصحت الاجارة وله أن يستخدمه من السحر الى أن ينام الناس بعد العشاء الاخيرة وانما يخدمه كما يخدم الناس القول لان الوقت الذي يحتاج الانسان فيه الى الخدمة هذا لان الناس ينامون بعد العشاء وينتبهون قريبا من طلوع الفجر ويحتاج الاجر الى أن يقوم قبل ان يهيئ له أسباب الوضوء ويوقد النار والسراج وأشياءه ذلك فلذلك قيدناه به اه (قوله وكذا لو باع شجرة افسه ثم قال البائع بعث الاشجار دون الثمار والمشتري يقول اشتريتها مع الثمار قالوا ينظر ان كانت الثمار في يد البائع فالقول له وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري اه كأي (قوله وقال الصباغ بل أمرتني بصبغه أصفر) أي فالقول لصاحب الثوب قال القدوري في شرحه

لختصر الكرخي (١) فان شارب الثوب أخذه وأعطاه أجر مثله اه وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي وان أقام المينة فالبينة بينة الخطاط اه اتقاني (قوله والفتوى على قول محمد) قال الاتقاني قال شيخ الاسلام خواهر زاده وعليه الفتوى الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى والتممة اه

باب فسخ الاجارة

ذكر الفسخ آخر الان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخر اه اتقاني وكتب ما نصه ثم انما يلي المستأجر الفسخ اذا كانت المؤاجر حاضرا فان كان غائبا فحدث بالمستأجر ما يوجب الفسخ فليس للمستأجر الفسخ لان فسخ العقد لا يجوز الا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما اه بدائع (قوله فيلزمه جميع البذل) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي (١ ٤٣) في مختصره واذا استأجر الرجل عبدا لخدمته

أو دابة لركبته الى مكان معلوم أو دارا لحدث فيها عيب بضر بالانتفاع بما استؤجر من ذلك فالمستأجر بالخيار ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخ وان مضى على ذلك فعليه الاجرة تاما لا ينقص منه شيئا وكذلك ان كان الحادث سقوط بيت منها فمضى على الاجارة لا ينقص منه شيئا وان كان ما حدث من جميع ذلك لا ينقص الانتفاع به فساد خياره والاجارة لازمة فان غي المؤاجر ما سقده لم يكن للمستأجر ان يفسخ الاجارة فان كان المؤاجر غائبا فحدث ما يوجب الفسخ فليس للمستأجر ان يفسخ وان سقطت الدار كلها فلا

القول في الكل قول المستأجر أما اذا اختلف في الخطاطة والصبغ فلان الاذن يستفاد من جهة رب الثوب فكان أعلم بكيفية ولا نه لو أنكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا اذا أنكر وصفه اذا الوصف تابع للاصل لكنه يختلف لانه ادعى عليه شيئا أو اقتر به لزمه فاذا أنكره يختلف فاذا اختلف فالخطاط ضامن وصاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا أجر له أو قيمته معمول ولا أجر مثله ولا يجوز به المسمى على ما بينا من قبل لانه موافق من وجه وهو في أصل العمل مخالف من وجه وهو في الصفة فيميل الى أي ما شاء وروى ابن سماعة عن محمد بن جهم الله أنه يضمن له ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن أبي ليلى القول قول الصباغ لانهم ما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعي عليه خلافا ليضمنه أو ليثبت لنفسه الخيار وهو منكر فكان القول له وجوابه ما بينا وأما اذا اختلف في الاجر فلان المستأجر منكر تقوم عمله ووجوب الاجر عليه والصانع يدعيه فكان القول للمنكر وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصانع حر يثاله أي معاملة له بأن كان يدفع اليه شيئا للعمل ويقاطعه عليه فله الاجر والا فلا لان ما تقدم منهم ما من المقاطعة يدل على أنه يعمل له بأجرة فقام ذلك مقام الاشتراط لان العادة قد جرت بالدفع للعمل الى من يخالطه من غير تسمية الاجر له علم به وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع مهر وفاجبه الصنعة بالاجر وقيام حاله به كان القول قوله والا فلا لانه لما فتح الدكان لاجله جرى ذلك مجرى التخصيص عليه اعتبارا بظاهر المهاد وقوله ما استحسن والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لانه منكر وما ذكره من الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق اذا الظاهر يصلح للدفع لا غير ألا ترى أن ذا اليد يدفع المدي باليد ثم اذا بيعت بمجنب ما في يده دار لا يستحق به الشفعة لما قلنا والفتوى على قول محمد رحمه الله

باب فسخ الاجارة

ان يخرج كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا الى هنا لفظ الكرخي والاصل فيه أن العيب اذا حدث بالعين المستأجرة فان أثر ذلك في المنافع يثبت الخيار للمستأجر

قال رحمه الله (وتفسخ بالعيب) أي تفسخ الاجارة بالعيب لان العقد يقتضي سلامة البذل عن العيب فاذا لم يسلم فإت رضاه فيفسخ كافي البيع والمعقود عليه في هذا الباب المنافع وهي تحدث ساعة فساعة فمما وجد من العيب يكون حدا تقبل القبض في حق ما بقي من المنافع فيوجب الخيار كما اذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض ثم اذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب فقد رتبى بالعيب فيلزمه جميع البذل كافي البيع فان فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لان الموجب الرق قد زال قبل الفسخ والعقد

كالعبد اذا مرض والدابة اذا مرضت والدار اذا انهدمت بعضها لان كل جزء من المنفعة كما هو مورد عليه فحدث عيب فيه قبل القبض يوجب الخيار وان لم يؤثر ذلك في المنافع لا يثبت الخيار كالعبد المستأجر للخدمة اذا ذهب إحدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شهره أو كالدابة اذا سقط منها حائط لا يتفقد به في سكنها لان العقد ورد على المنفعة دون العين وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعة ولتنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار ثم فيما يثبت له الخيار اذا استوفى المنفعة يلزمه الاجر كاملا كما تسترى اذا رتبى بالعيب ثم اذا حدث ما يوجب الفسخ لا يجوز التمسك بالتمتع قد بين لان حضوره أو حضور ما يثبته بشرط الفسخ فان سقطت الدار كلها

فله أن يخرج شاهدا كان صاحب الدار أو غائبا اه اتقاني رحمه الله

(١) قول المحشي فان شاء الخ فكذا في الاصل ولعل في العبارة تنبيه على خبر اه

(قوله وهذا يشير إلى أن الإجارة لا تنفسخ الخ) ولكن يثبت له حق الفسخ وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام واستدل
 بماروي هشام عن محمد بن لو استأجر بيتا فانهم لم يبنوا الأجر فليس للمستأجر أن يمنع من القبض ولا لا بحر فلهذا دليل على أن العقد لم
 يفسخ ولكنه يفسخ وهذا لأن المنفعة غير فائتة من كل وجه إذا أصل الموضوع يسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب فسطاط
 وفي انقطاع الماء لو فائت من كل وجه لكنها تفتل العود فأشبهه بأبق العبد وذلك لا يوجب الانفساخ قال والذي يفسخ بالانهدام يعود
 بالبناء ومثله جاز في الشاة المبيعة إذا ملك في يد البائع يفسخ العقد ثم إذا دبغ جلدها يعود العقد بقدره فكذلك هذا بخلاف السفينة
 إذا نقصت وصارت ألواحها مركبت وأعيدت مسفينة لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر لأن السفينة بعد النقص إذا أعيدت صارت سفينة
 أخرى ألا ترى أن من غصب ألواحها سفينة يقطع حق المالك فأما عرصه الدار لا تتغير بالبناء عليها كما في (قوله وقال بعضهم
 تنفسخ) وهذا الذي ذكره هو اختيار القدرى واليه ذهب صاحب التحفة وأبو نصر البغدادي في شرحه واختيار خواهر زاده وشمس
 الأئمة بخلاف ذلك اه اتقاني رحمه الله (ع ١٤) (قوله والاول أصح) قال الاتقاني وفي إجازات شمس الأئمة إذا انهدمت الدار كلها فالصحيح

يقعد ساعة فساعة فلم يوجد فيما يأتي بعده فسقط خياره قال رحمه الله (وخرب الدار وانقطاع ماء
 الضيعة والرحى) أي تفسخ الإجارة بهذه الأشياء وهذا يشير إلى أن الإجارة لا تنفسخ بهذه الأشياء
 وقال بعضهم تنفسخ لأن المعقود عليه وهو المنافع المخصوصة قد فائت قبل القبض فصار كهلاك المبيع
 قبل القبض وموت العبد المستأجر والاول أصح ووجهه أن المنافع قد فائت على وجه يتصور عودها
 فأشبهه بأبق العبد المستأجر وقال في الأصل أن الإجارة في الرحى لا تنفسخ بانقطاع الماء
 وقدرى هشام عن محمد بن لو استأجر بيتا فانهم لم يبنوا الأجر فليس للمستأجر أن يسكنه في بقية المدة
 فليس له أن يمنع من ذلك وكذلك ليس للمستأجر أن يمنع منه وهذا صريح بأنه لا يفسخ ولكنه يفسخ
 ولأن أصل الموضوع يسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فبقي العقد لكن لأجر
 على المستأجر لعدم التمكن من الانتفاع به على الوجه الذي قصده بالاستئجار ولو انقطع ماء الرحا والبيت
 عما يتنفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه بقي شيء من المعقود عليه فإذا استوفاه لم تته حصته
 قال رحمه الله (وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين أن عقده بالنفسه) وقال الشافعي لا تبطل بموت أحدهما
 ولا بموتهم إلا أن المنافع عنده كالأعيان القائمة فكما لا تبطل في العين لا تبطل فيها ولنا أن العقد ينفسخ ساعة
 فساعة بحسب حدوث المنافع فإذا مات المؤجر فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث على ملكه وقد
 فات بموته فتبطل الإجارة لفوات المعقود عليه لأن رقبته العين تنتقل إلى الوارث والمنفعة تحدث على ملكه
 فلم يكن هو عاقدا ولا راضيا به وإذا مات المستأجر فالوفاة بالعقد انما يبقى على أن يخلفه وارثه والمنفعة
 المجردة لا تورث ولهذا الوفاة الموصى له بالخدمة لا تنتقل إلى ورثته وكذلك الوفاة المستعير تبطل العارية
 فكذلك الإجارة إذا فرق بينهما إلا من حيث أن أحدهما بعوض والآخر بغير عوض وذلك لأن تأثيره في حق
 الارث كالأعيان المأوكة بعوض أو بغير عوض إذا لوراثته خلافة ولا تتصور إلا فيما يبقى وقتين ليكون
 ملك المورث ثابتا في الوقت الأول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني ويقوم مقامه فيه بعينه والمنفعة

أنه لا تنفسخ الإجارة لكن
 تسقط الأجرة عنه ففسخ أول
 يفسخ اه (قوله في المتن وتنفسخ
 بموت أحد المتعاقدين) قال
 الاتقاني وذلك لأن المؤجر
 إذا مات ينتقل الملك منه إلى
 ورثته وعقد الإجارة يقتضي
 استيفاء المنافع من ملك
 المؤجر لا من ملك غيره فالو
 باقى عقد الإجارة يلزم استيفاء
 المنافع من ملك الغير وهذا
 لا يجوز وإن مات المستأجر
 وقد عقد الإجارة لنفسه فكل
 ماله من المال انتقل إلى
 ورثته وعقد الإجارة يقتضي
 أن تستحق الأجرة من مال
 المستأجر لا من مال غيره فالو
 باقى عقد الإجارة بعد موته
 تكون الأجرة مستحقة من
 مال غيره وهذا لا يجوز فتعين

بطلان الإجارة لعدم إمكان بقائه بخلاف ما إذا عقد الوكيل أو الوصي أو متولى الوقف حيث لا يبطل الوقف لأن المعنى الذي
 قلنا في العاقد لنفسه لا يجوز في العاقد لغيره ونقل في خلاصة الفتاوى عن باب إجارة الظئر أن أحد المتعاقدين لو جن جنونا مطبقا لا تنفسخ
 الإجارة وقال في الفتاوى الصغرى بموت الموكل تنفسخ الإجارة بموت الوكيل لا ونقل في الاجتناس عن إجارة الأصل إذا أجزأ الب أرض
 ابنه الصغير أو الوصي ومات لا تبطل الإجارة وكذلك لا تبطل إجارة الظئر بموت والد الصبي الذي استأجرها وتبطل بموت الصبي والمستأجرة
 وقال الكرخي في مختصره وإن مات الظئر قبل المدة أو مات الصبي انتقضت الإجارة وكان له من الأجر بحسب ما مضى من المدة قبل الموت
 وقال في الاجتناس أيضا لو أجزأ الوقف ثم مات قبل انقضاء المدة لا تبطل الإجارة ولم يذكر فيه القياس ولا الاستحسان ونقله في الخلاصة
 عن الذخيرة ثم نقل القياس والاستحسان فقال القياس أن تبطل الإجارة به أخذ أبو بكر الاسكاف لأنه في معنى المالك لأنه ليس لأحد
 بحره وفي الاستحسان لا تبطل لأنه أجزأ لغيره كالأجر (فرع) اه قال في القنية أجزأ الوقف عليه عشرين ثم مات وانتقل إلى
 مصرف آخر انتقضت الإجارة ورجع بمات من الأجر في تركه الميراث اه وما ذكره من الانتقاض هو القياس دون الاستحسان والعمل
 على الاستحسان والله الموفق

(قوله بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض العقود عليه يعني أن فوات بعض العقود عليه يمنع الردون الاجارة اه اتفاقا
 (قوله البيع) كذا بخط الشارح وعبارة الهداية بخلاف البيع اه (قوله ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض الخ) قال الحاكم
 الشهيد في مختصره المسمى بالكافي في باب اجارة الدور والبيوت وان استأجر دارا سنة (هـ و هـ) فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقده طلب

المدة التسليم أو لم يطلب ثم
 تخا كالم يكن المستأجر أن
 يمنع من القبض في باقي السنة
 ولا للمؤجر أن يمنع من التسليم
 قال شيخ الاسلام علاء الدين
 الاسيحيات في شرح الكافي
 فرق بين هذا وبين البيع
 اذ في البيع بعضه حيث يتخير
 المشتري في الباقي والفرق
 أن العقد عليه واحد فاذا
 ملك بعضه تعيب الباقي أما
 فهنا فالعقد متعدد لانه
 يتعدد على حسب حدوث
 المنفعة وانفساخذ فيما مضى
 لا يقتضي استحقاق الفسخ
 في المستقبل اه اتفاقا
 (قوله ومذهب شريح أن
 الاجارة الخ) قال الاتفاق
 وقال ابن أبي ليلى تفسخ
 بغير عذر أيضا كذا ذكر
 قاضي خان في شرح الجامع
 الصغير وهو مذهب شريح كذا
 في شرح الكافي (و روى)
 قال شيخ الاسلام علاء الدين
 الاسيحيات في شرح الكافي
 فان أراد صاحبه أن يبيعه
 لم يكن له ذلك وان باعه لم يجز
 لانه يتعلق به حق المستأجر
 وهو حق الانتفاع بالرفق
 البيع ابطال حق المستأجر
 والمالك وان كان عليه
 دين فليس به فباعه فهذا

الموجود في حياة المستأجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد موته لم تكن عاوة له لاختلاف الخوارث فيهما فتمين
 الميطان كعقد النكاح يرتفع بالموت ولا يخلفه فيه ورثته قال رحمه الله (وان عقد غيره لا تلو كبل
 والوصى والمتولى في الوقف) لبقاء المستحق عليه والمستحق حتى لو مات الموقوف له بطلت لمدة كذا وان
 مات أحد المستأجرين أو أحد المؤجرين بطلت الاجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الحي وقال زفر رجه
 الله تبطل في نصيب الحي أيضا لان الشيوخ مانع من صحة الاجارة فيكون كالمقارن قلنا الشروط يراعى
 وجودها في ابتداء دون البقاء كالهدية وكالشهادة في النكاح قال رحمه الله (وتفسخ بخيار الشرط)
 وقال الشافعي رحمه الله لا يصح اشتراط الخيار فيها لان المستأجر لا يمكنه رد العقود عليه بكاله ان كان الخيار
 له اذ لا بد له من تلف شيء من المنفعة في مدة الخيار وان كان المؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال لان
 ما مضى من المنفعة في مدة الخيار لا يمكن تسليمه وليس له تفسير في الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع خيار
 الشرط بخلاف البيع لانه يمكن رد جميع العقود عليه فيه اذ البيع عين تبقى ولنا انه عقد مقدم مع خيار
 يجب قبضه في المجلس ويحتمل التفسير بالا قاله فيجوز شرط الخيار فيه كالباع وهذا لان الخيار شرع في
 البيع التروى حتى اذا كان فيه غبن وخسارة يفسخ لان الاجارة تنفع بغتة من غير سابقة تأمل فيمكن أن
 تصادف غير موافق فيحتاج الى ازالته فيجوز له اشتراطه كالباع بخلاف النكاح فانه لا يقع بغتة بل
 يتقدم السوم والتأمل في الموافق فلا يحتاج فيه الى التروى بعد فلا يحتاج اليه ولان النكاح لا يقبل
 التفسير بالا قاله فلا يؤثر فيه خيار الشرط ولا يفيد ألا ترى أن الاجارة تفسخ بغير عذر كالباع ولا
 كذلك النكاح وبخلاف الصرف والسلم لان شرط الخيار فيه مانع تمام القبض المستحق بالعقد وانفقد
 فيه ما موجب القبض في المجلس وفوات بعض العقود عليه لا يمنع الرد بالعيب فيجوز هذا الخيار بشرط
 الضرورة بخلاف البيع لانه يمكن نسخ البيع في جميع البيع فلا ضرورة ألا ترى أن المستأجر يجبر على
 القبض بعينه من بعض المدة من غير شرط الخيار الضرورة وفي البيع لا يجبر عليه بعينه اذ لا بد منه
 لعدم الضرورة فلهذا ان شئت بعض العقود لا يؤثر في منع الفسخ ولا المضى فيها ولان العقد في المنافع
 يقع متفرقا لانه يتعدد ساعة فساعة على ما يتفرق كل جزء من أجزاء المنفعة مستحقا بعينه على حد فلا
 يتصور فيه تقريظ الصفقة اذ هو لا يكون الا في الحال بعقد واحد قال رحمه الله (والرؤية) أي تفسخ
 بخيار الرؤية أيضا وقال الشافعي لا يجوز استيفاء المهر للبهائم قلنا لجهالة المهر اذا كانت
 تقضى الى المنازعة وهذه الجهالة لا تقضى اليها الا اذا لم يوافقته برده فلا يتنعج الجزار ثم اذا رآه بنته
 خيار الفسخ لان العقد لا يتم الا باترافه ولا رضا دون العلم وقد قال عليه السلام ان من اشترى
 شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه والابارة شراء المنافع فيقول له فلان هذا من الخديث لانه لا لاله قال رحمه الله
 (و) تفسخ (بالعذر وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه) أي وجب العقد والالتزام من زائد
 يستحق به أي بالعقد (كمن استأجر رجلا ليعمل عنده فمكّن الرجوع أو لم يطع له طاعة أو اذاعه فاختلعت
 منه أو حاقه بالخمر فيه فأفلس أو أحره ولم يدين بعيان أو يمين أو باقرار ولا مال له غيره أو استأجر دابة
 للسفر فبدلته من غيرها) وقال الشافعي لا تفسخ الاجارة بالاعذار الا بالعيب لان المنافع عند معتزلة
 الاعيان ومذهب شريح أن الاجارة غير لازمة لكل واحد منهم ما فسخته فانها أجزأت الضرر كاجارة

(١٩ - زباني طمس) عذرو به بانه لا يخلص عن عهده الدين لا يبيعه الى هذا لخط شريح الكافي وقال في مختصر الطحاوي
 ومن أجر دابة ثم باعها قبل انقضاء المدة فماتت اياها خيفة ومخدا فانه المستأجر منع المشتري فيه وقضى البيع عليه فماتت اياها كانت
 منقصة فلم يعد له ذلك وان لم يمتدحه حتى فرغت الدار من الاجارة لم يعد له البيع في او هو قول أبي يوسف النسيب وروى عنه اصحاب
 الاملاء ان قال لا يسبيل للمستأجر ان ينقض البيع فيه او الاجارة فيها كالعيب فيها فان كان المشتري فاما ما ينفذ في البائع منه والمشتري قبض

الدار بهدائه قضاء الاجارة فيها وان لم يكن علم بذلك كان بالخيار ان شاء نقض البيع فيها للعيب الذي وجد منها وان شاء أمضاه والذي يرويه محمد بن قول أبي حنيفة أنه ليس للمستأجر نقض البيع ولكنه ان أجاز البيع كان في ذلك ابطال ما بقي من اجارته والقول الاول انما رواه من قول أبي حنيفة غيره الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقال الامام الاسدي جابى في شرح الطحاوي ومن أجرداره ثم باعها قبل انقضاء مدة الاجارة فان البيع جائز فيما بين البائع والمشتري حتى ان المدة لو انقضت كان البيع لازما للمشتري وليس له أن يمنع عن الانحلال اذا طالب المشتري البائع قبل انقضاء مدة الاجارة فلم يمكنه من ذلك وفسخ القاضى العقد فيما بينهما فانه لا يعود جائزا بعض المدة ولو ان المستأجر أجاز البيع جاز وبطلت الاجارة فيما بقي من المدة ولو فسخ فانه لا يفسخ البيع بينهما حتى ان المدة اذا انقضت كان للمشتري أن يأخذ هذا في ظاهر الرواية وروى الطحاوي عن أبي حنيفة ومحمد أن المستأجر له أن ينقض البيع فاذا نقض البيع فانه لا يعود وروى عن أبي يوسف أنه قال ليس للمستأجر نقض البيع والاجارة فيها كالعيب (١٤٦) فان كان المشتري عالما وقت الشراء بالاجارة فليس له أن يطالب البائع

بتسليم الدار الى أن يمضي وقت الاجارة وان لم يكن عالما وقت الشراء فهو بالخيار ان شاء نقضه بالعيب وان شاء أمضاه وكذلك هذا الحكم في الاقرار اذا أقر بداره لرجل بعد ما أجرها فان اقراره يصح في حق نفسه (١) قوله وقال بعضهم (م الخ) ظاهر عبارة السكا في رجحان القول السابق على هذا والله الموفق اه (قوله وقوله أو استأجر دابة الخ) قال الازدقاني وجلة هذا ما ذكر شيخ الاسلام في شرح السكا في الحكم الشهيد قال وان استأجر دابة الى بغداد وهي بعينها ثم بدا للمستأجر أن يقعد فلا يخرج فهذا عذر لانه قد يتعلق مصاحته بالسفر في زمان دون زمان فاذا وقع الاستغناء عنه اندفعت

ولا حاجة الى اثبات صفة الزوم فينفرد كل واحد منهما بما بالفسخ من غير عذر كالعارية قلنا هي عقد معاوضة فيلزم من الجانبين كالبيع وكونه أجزا للحاجة لا يدل على عدم لزومه ألا ترى أن السلم أجزا للحاجة ويلزم اذا وقع بخلاف العارية فانها عقد تبرع فلا يلزم على ما بينا ثم المنافع غير مقبوضة في الاجارة فصار العذر فيها كالعيب قبل القبض في البيع فيفسخ به اذا لمعنى يجمع بينهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه الا يتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهذا هو معنى العذر وفي كل واحد من الامثلة التي ذكرها عذر ظاهر وفي المضي فيها ضرر زائد فوق ضرر العيب فيجوز له الفسخ وهذا ان جاوز هذا العقد الحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر أخذنا فيه بالقياس فقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة في عقود التملكات تمنع الزوم في الحال كالوصية ثم قال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فان الاجارة فيه تنقضي وهذا يشير الى أنه لا يحتاج فيه الى قضاء انقاضي لانه بمنزلة العيب في البيع قبل القبض فينفرد العاقد بالفسخ وفي الزيادات أن الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ الاجارة لانه فصل في محتمد فيه فيستوقف على قضاء القاضي كالرجوع في الهبة قال شمس الأئمة السرخسي هذا هو الاصح ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا انفسخ والا فيفسخه الحاكم وقال قاضيخان والمحبوبي هو الاصح والعذر الظاهر مثل استئجار الحداد لقطع الخرس ثم سكن الوجع أو الطباخ لطبخ الوليمة ثم خالغ المرأة وقوله أو أجره ولزمه دين أي أجر الدكان ثم لزمه دين ولا يقدر على ايفائه الا من عن ما أجر واختلافوا في كيفية فسخه فقال بعضهم يبيع الدار أولا فيفسخ بيعة وانفسخ الاجارة ضمن البيعة وقال بعضهم يفسخ الاجارة أولا ثم يبيع قوله ولزمه دين بعيان أو ببيان أو باقرار وانما ذكره ليعين انه لا فسق في ثبوت الدين بين أن يكون بمشاهدة أو باقامة بينة أو باقراره بالكل يلحقه ضرر لانه يحبس به فيتنضرر وقوله أو استأجر دابة للسفر فبدا له منه لا للمكاري أي لو استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له أن لا يسافر به فبدا له لا للمكاري لا يضر لان المكاري بالسفر يلزمه مشقة وضرر ورجاء في ثبوت ما يسافر لاجاله كالحج وطلب الغريم والمكاري لا يلزمه ذلك الضرر لانه يمكنه أن يقعد ويبحث على يد تلميذه أو أجيره وكذا الوض من لئلا ذكرنا وروى الكرخي أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرر لان غيره لا يشفق على دابته

الحاجة بدونه فيكون عذرا وكذلك لو أراد الخروج في طلب غريم له أو عبداً بقي فرجع بهنى الغريم أو العبد لان الحاجة قد اندفعت مثله وكذا الوض من أول لزمه غريم أو خاف أمراً أو نفقت الدابة أو أصابها شيء لا يستطيع الركوب معه كان هذا عذرا لانه يتعذر عليه الانتفاع بالحمل المستأجر فان لم يكن الامر على ما ذكرنا وأراد رب الدابة أن ينقض الاجارة ليس له ذلك لانه لا عذر وان عرض لرب الدابة من ضرر لا يستطيع الشخص فيه مع دابته لم يكن لرب الدابة أن ينقض الاجارة ولكنه يؤمر أن يرسل معه رسولا يتبع الدابة وكذا لو أخذ غريمه لان الانتفاع يقع بالدابة ولا مانع في حقها واقامة غيره مقام نفسه يمكن فانتفى الضرر فبقى العقد على ما كان وان عطبت كان هذا عذرا لانه يجزئه عن الانتفاع به وهذا اذا استأجر دابة بعينها فاما اذا كانت بغير عينها لم يكن هذا عذرا لان العجز عن تسليم دابة بعينها لا يكون عجزا عن تسليم دابة مطلقا فيؤمر أن يأتيه بدابة يحمل عليها لانه لا يلزم العمل اه (قوله لانه لا يعرى عن ضرر) روى الكرخي في مختصره بقوله

(١) هنا بياض بالاصل مقدار سطرين ونصف وكتب عليه المجرّد مانعه قد نبهه الشيخ السليبي رحمه الله في آخر هذه الحاشية وقال بقيتها في الصفحة السابقة فلم نجد بقيتها فلم يعلم ذلك اه كتيبه مصححه

وقال أبو يوسف ان مرض المؤاجر أو أصاب ابله دافله أن يفسخ اذا كانت بعينها اه اتقاني (قوله في المتن ولو أحرقت حصائد أرض الخ)
مسائل مشورة أي نثرت عن أما كتبها وكرت هنا تالافيا المسافات اه وجد ذلك مكتوب بخط الشيخ السليبي رحمه الله (قوله هذا اذا كانت
الرياح هادية) هادية وهادئة بالهمز معناهما ساكنة اه من خط الشارح رحمه الله (قوله فوضعه على العلاء) قال في الصحاح والعلاء
السندان والجمع العلاء ويقال للناقة علاة تشبه به في صانته يقال ناقة علاة الخلق اه (قوله وأحرق شيئا) أي أو فقا عينه فديته على
عاقلة اه اتقاني (قوله والقياس أن لا يصح) والطحاوي أخذ في هذه المسئلة (٧ ٤ ١) بالقياس وقال عند القياس أول من
الاستحسان اه كأي

(قوله فالعامل أجبره
بالنصف) أي بنصف
مات قبل اه كأي (فرع
وفي المحيط اشترط عقبة
للأجير وشأن يستأجرها
اثنان ينزل أحدهما ويركب
الأخر ولم يبين مقدار ركوب
كل واحد جاز للعرف وبه قات
الأئمة الثلاثة وقال المزني
لا يجوز استئراء العقبة
الامة مضمونة في الذمة وهو أن
بين مقدار ركوب كل واحد
بالزمان أو بالفرسخ والطاهر
أن استئراء العقبة أي الظاهر
مبنى على العرف اذا المعروف
كالمشروط اه معراج (قوله
في المتن وان استأجر رجلا
ليحمل عليه شحلا وراكبين
الخ) قال في الشامل في قسم
المسوط استأجر بعيرين الى
شكة ليحمل علي أحدهما
يجوز فيه رجلا وسالهما
من الوطاء والد فرأهما ولم
بالوطاء وعلى الآخر زاملة
عليه كذا محتمومان السويقي
وما يمكن من المساء ولم يبين
قدره وما يصلح من الحمل
والزيت والعلالين ولم يبين

مثله وهو لا يمكنه الخروج بخلاف ما اذا لم يرض وعلى رواية الاصل ليس به سائر لما ذكرنا قال رحمه الله
(ولو أحرقت حصائد أرض مستأجرة أو مستعارة فاحترق شيء في أرض غيره لم يضمن) لان هذا تسبب
وشرط الضمان فيه التعدي ولم يوجد فصار كالمؤجر يثري ملك نفسه فلتلف به انسان بخلاف ما اذا رى
سهما في ملكه فأصاب انسانا حيث يضمن لان مباشر فلا يشترط فيه التعدي لان المباشرة عند فلا يبطل
حكمها بعذر والتسبب ليس بعلة فلا بد من التعدي ليلتحق بالعلة وأحرق الحصائد في مثله مباح فلا يضاف
التلف اليه قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله هذا اذا كانت الرياح هادية حين أوقد النار ثم تضررت
لانه لا يصنع له في تحريكها وأما اذا كانت الرياح مضطربة فيبني أن يضمن لان يعلم انها لا تستقر فلا يعذر
فيضمن وذ كرفي النهاية معزى الى التمر تاشي أن لو وضع جرة في الطريق فأحرق شيئا ضمن لانه متعدي بالوضع
ولو رفعته الريح الى شيء فأحرقته لا يضمن لان الريح تسخت فعله ولو أخرج الحمار الحديد من الكبر في
دكانه فوضعه على العلاء وضربه بطرقة وخرج شمر النار الى طريق العامة وأحرق شيئا ضمن ولو لم يضربه
ولكن أخرج الريح شيئا فأحرق شيئا لم يضمن ولو سقى أرضه سقيا لا تحتمل الارض فتعدي الى أرض جاره
ضمن لان لم يكن متفعلا فيما فعل بل كان متعديا قال رحمه الله (وان أقدم خياط أو صباغ في حانوته
من يطارح عليه العمل بالنصف صح) وهذا الاستحسان والقياس أن لا يصح لان المتقبل للعمل ان كان
صاحب الدكان فالعامل أجبره بالنصف وهو مجهول ولان الاجرة بعض ما يخرج من العمل فصار كمن فخر
الطبخان وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول
أيضا وجه الاستحسان أن هذه شركة الصنائع وليست باجارة لان تفسير شركة الصنائع أن يكون العمل
عليهما وان كان أحدهما يتولى العمل بمحذاقته والاخر يتولى القبول بوجاهته واذا وجدنا له سبيلا
الى الجواز وهو متعارف وجب القول ببعده فيكون العمل واجبا عليهما والقبول جائزا له ما اذا ليس في
كل منهما الا تخصيص أحدهما بالقبول والاخر بالعمل وتخصيص الشيء بالذ كرا لا يدل على نفي ما وراءه
فأمكننا اثبات الشركة في القبول والعمل اقتضاء ولو سرحا بشركة القبول فعمل أحدهما ما قبله صاحبه أو
ما قبله بنفسه ولم يعمل الاخر لعذره من مرض وشوقه كانت الاجرة بينهما على ما عرف في موضعه فكذا
هنا وقول صاحب الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذه ابوجهته يتقبل وهذا بمحذاقته يعمل فيه
نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتربا شيئا بوجوههما أو ببيعهما وليس في هذه
بيع ولا شراء فكيف يتصور أن تكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بينا قال رحمه الله
(وان استأجر رجلا ليحمل عليه شحلا وراكبين الى مكة صح وله الحمل المعتاد) والقياس أن لا يجوز وشوقه قول
الشافعي لان الحمل مجهول فيفضي الى المنازعة وجه الاستحسان أن المقصود شحلا راكب وهو معلوم
والحمل تابع وما فيه من الجهالة يزول بالصرف الى المعتاد وكذا اذا لم ير الوطاء وهو المهاد والذرو هو
ما يلقاه المرء على نفسه والمراد ما يلقاه الراكب على نفسه قال رحمه الله (ورؤيته أحب) أي رؤيته

وزنه أو شرط أن يعمل من مكة من هدايا مكة ما يحمل الناس فهو فاسد بقياسا لجهالة العمل وجاز استحسانا لان التعامل جرى به العمل
قربتين من ماء واد اوتين من أنظم ما يكون كذا في الشامل اه اتقاني قوله وجاز استحسانا أي للعارف وله أن يعمل ما عومته عارف وحكي
مثله عن مالك وقال الشافعي وأحمد لا بد من معرفة الحمل والوطاء والذرو والمعالق وقد رزنا ل شحلا مجهول جهالة تفضي الى المنازعة
وهو القياس قاله السكاكي رحمه الله (قوله وهو معلوم) أي لان أجسام الناس متعارفة في الغالب اه كأي (قوله يزول بالصرف الى المعتاد)
أي فلا يؤدي الى المنازعة اه كأي (قوله وكذا اذا لم ير الوطاء) يعني يجوز الاستحسان اه والوطاء القرش المتروكة اه كأي

(قوله ردعوض ما كل) أي وكذا غير الزائد من المكمل أو الموزون اه هداية (قوله وقال بعض أصحاب الشافعي الخ) وهذا الخلاف إذا أطلق أما إذا شرط الاستبدال لا يستبدل بخلاف ولو شرط عدم الاستبدال لا يستبدل بخلاف ولو سرق أو هلك بغيره كل أو بأكل غير معتاد يستبدل بخلاف اه كأي (قوله وهذا هو معنى الإضافة) قلت وليس ما ذكره المراد بإضافتها وإنما المراد إضافة العقد إلى الزمان المستقبلي كان يقول آجرتك هذه الدار غدا شهر أبكتها أو يقول وهو في يوم السبت مثلا آجرتك هذه الأرض يوم الجمعة سنة بعشرة أو قال وهو في رجب أو في ربيع الأول آجرتك هذه ابني هذه رأس شعبان شهر أبكتها ونحو ذلك وقد اختلف المشايخ في هذه الاجارة فاختار الشيخ زهير الدين أن الاجارة المضافة لا تجوز وقال صاحب المحيط إضافة الاجارة إلى وقت في المستقبل قبل جازة وقال في الفصول المختارة أنها جازة وكذا قال صدر الاسلام قال في الذخيرة فلا وأراد نقضه أقبل بحجتي الوقت فعن محمد بن رويان في رواية لا يصح النقض وفي رواية يصح وجه هذه الرواية أنه لم يثبت (٤٨) (٤٩) المستأجر حق في هذا العقد لأنه غير منعقد أصلا ولهذا لا يملك الاجرة بالتجمل

الكارى المحل أجود لأنه أبعد من الجهالة وأقرب إلى العلم بتحقيق الرضا منه قال رحمه الله (ولقد ازداد فأ كل منه ردعوضه) أي إن استأجر بجلا يحمل عليه مقدارا من الزاد فأ كل منه في الطريق ردعوض ما كل وقال بعض أصحاب الشافعي ليس له أن ردعوض ما كل لأن عرف المسافر بين أنهم بأكلون الزاد ولا يردون بدله والمطلق يحمل على المتعارف بخلاف الماء حيث يكون له الرد إذا نفذ ما عنده لأن العرف بينهم يجري برده عند تنفاده ولما أنه استحق عليه جلا مقدرا في جميع الطريق فله أن يستوفيه وصار كالماء والعرف مشترك فان بعض المسافرين يردون فلا يلزمنا عرف البعض أو يحمل فعل من لا يرد على أنهم استغنوا عنه فلا يلزم حجة ولهذا يرد بعضهم وهم المحتاجون إليه قال رحمه الله (وتصح الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والامارة والطلاق والعقود والوقف مضافا) أي مضافا إلى الزمان المستقبلي لأن الاجارة تتضمن تملك المنافع والمنافع لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة ولهذا قلنا تنعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنفعة وحدثها على ما بيناه في أول الكتاب وهذا هو معنى الإضافة وفسخها معتبر بها فتجوز إضافته ألا ترى أن البيع لما لم يجز إضافته لا يجوز إضافة فسخه أيضا إلى الزمان وهو الأقل لأنه معتبر به والمزارعة والمعاملة وهي المساقاة جازة لأن من يجزها ما يجزها على أنها جازة فيجوز إضافتها لما ذكرنا والمضاربة والوكالة من باب الإطلاق وكل ذلك يجوز إضافته على ما بيناه والكفالة التزام المال ابتداء فيجوز إضافتها وتعليقها بالشرط كالنذر لكن فيها تعليق المطالبة فلا يجوز تعليقها بمطلق الشرط بل بشرط ما لا يخالف الوكالة فإنه يجوز تعليقها بمطلق الشرط إذا كان متعارفا والإيصاء وهو إقامة الشخص مقام نفسه في التصرف بعقد الموت والوصية وهي تعليق المال بعقد الموت لا يكونان إلا مضافين إذا أوصى في الحال لا يتصور إلا إذا جعلل مجازا عن الوكالة والقضاء والامارة يجوز تعليقها بالشرط وإضافتها إلى الزمان لأنها موقوفة وتنفذ بعض محض بخلاف تعليقها بالشرط ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أمر زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعباد الله بن رواحة رواه البخاري قال رحمه الله (لا البيع واجارته وفسخه والقسمه والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وإبراء الدين) يعني هذه الاشياء

في هذه الاجارة وجه الرواية الاولى أن العقدان منعقد فمما بين المتعاقدين وان لم ينعقد في حق المالك فلا آجر بالنقض يريد ابطال العقد المنعقد حقا للمستأجر فلا يقدر على ذلك وعلى هذه الرواية يملك الاجرة بالتجمل في هذه الاجارة وإذا باع المؤجر العين المؤجرة في الاجارة المضافة قبل مجي ذلك الوقت ذكر شمس الأئمة الحنابلة في رهن الجامع أن فيه روايتين في رواية لا ينفذ البيع ولا تبطل الاجارة المضافة وفي رواية ينفذ البيع وتبطل الاجارة وبه أفتى شيخ الاسلام وفي فتاوى قاضيخان والفتوى على أنه ينفذ البيع وتبطل الاجارة المضافة وهو اختيار شمس الأئمة الحنابلة اه شرح الوقاية للشيخ

قاسم رحمه الله (قوله وفسخها معتبر بها فتجوز اضافته) قال الشيخ قاسم في شرح النقاية قلت إذا كان لا يجوز المعنى بإضافتها أنها تنعقد ساعة فساعة على ما ذكرنا فلا يصح أن فسخها معتبر بها والله أعلم اه قلت وظاهر كلامه هنا والذي نقلناه عنه عند قوله سابقا وهذا هو معنى الإضافة أنه اعتراض على الشارح رحمه الله وأقول لا اعتراض عليه لقوله أن هذه المقالة أي مضافا إلى الزمان المستقبلي وما ذكر من قوله ولهذا قلنا إلى قوله وهذا هو معنى الإضافة إنما هو استيضاح منه صحة إضافة الاجارة إلى الزمان المستقبلي فان القياس عدم جواز الاجارة لكون المنافع معدومة لكن استحسن بجوازها وصار العقد مضافا إلى حدوث المنافع فينعقد العقد في كل جزء من المنفعة على حسب حدوثها شيئا فشيئا ولهذا قالوا ان عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة كما أوضحه الشارح رحمه الله عند قول المصنف والاجر لا يملك بالعقد فإذا ثبت أن الاجارة في حكم عقود لا تنعقد ساعة فساعة وهي بهذا المعنى مضافة فلا يخفى حينئذ في جواز إضافتها إلى الزمان المستقبلي فقد بان لك أن ليس المراد من قوله وهذا هو معنى الإضافة التي أرادها المصنف هنا كيف والشارح يصرح بأن المراد الإضافة إلى الزمان المستقبلي فافهم ترشد والله الموفق في هذا ما ظهر لك كتابه بلفظه الله مقاصد محمد وآله

كتاب المكاتب

ذكر كتاب المكاتب عقب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقب كتاب العتاق لان الكتابة مأ لها العتق بمال والولاء محكم من أحكام العتق أيضا وقيل في وجه مناسبتها ان كتاب المكاتب بعد كتاب الاجارة ان كل واحد من كتاب الاجارة والكتابة عقد يستفاد به المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصله وقوله بمقابلته ما ليس بمال احتراز عن البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصله احتراز عن النكاح والطلاق والعتاق على مال فان العوض ليس بأصل في الطلاق والعتاق وكذا في النكاح لانه يصح بلا تسمية المال اه اتقاني وقدم الاجارة لانه أشبه بالبيع من حيث التملك والشرائط وجريانه في غير المولى وعبداه اه كما في قال الاتقاني ثم اعلم ان الكتابة لا تجوز قياسا للمفاهيم من اثبات الدين للمولى على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دين ولو كان جازا استحبنا ان يدل الكتاب والسنة واجماع الامة اه (قوله في المتن المألول) ليس في خط الشارح وهو ثابت في نسخ المتن اه (قوله في المتن) كاتب مملوك ولو وصفه بغير عقل بمال حال وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق يعني في عقد الكتابة بلا أجل يطالب المولى العبد (٩٤) بمقابل فان أدى عتق وان امتنع عن الاداء رد الى الرق لان شرط

الافتقار الى الرق لان شرط
البيع قد وجد وهو قوت
لزوم العتق لقوات ما عور
المقصود بالعقد ولو كان لا يرد
في الرق الا بالتراضي أو بقتضاء
القاضي فان قال آخرى وله
مال حاضر أو غائب برضى
قدومه آخر يومين أو ثلاثة
لان الزيادة في مثل هذا المدة
تجهل دون تأخير كالمدة
اذا قال ابيع عبدي هذا
واقضى حقه لا يشترط
الزمان ويؤجل يومين أو
ثلاثة فكذا هنا فاذ كان
التراضي اه اتقاني مع
حذف وكتب ما نصه قال
الحاكم الشهيد في باب مكاتبه
الصغير من مختصر الكافي

لا تجوز اضافتها الى الزمان المستقبلي لانها غليظة وقد أمكن تمييزها للمال فلا حاجة الى الاضافة بخلاف
الفصل الاول لان الاجارة وما شاكلها لا يمكن تعليق العمل وكذا الوصية وأما الامارة والقضاء ففي باب الولاية
والكفالة من باب الالتزام وقد ينه في البيوع والله أعلم بالصواب

كتاب المكاتب

قال رحمه الله (الكتابة تحرير المألول يد في الحال ورغبة في المآل) هذا في الشرع وفي اللغة مدار هذا
اللفظ على الجمع ومنه كتب النحل والقرية أي خرزهما والكتب انخرزا الواحدة كسبة ومنه كتب البغلة
اذا جمع بين شفرين مختلفتين الكتابة الطائفة من الجيش شعبة وهي هذه العتق كاتبة ومكاتب لان فيه
ضم حرة اليد الى حرة الرقبة أو لان فيه جماعين فحين فصاعدا أو لان كلامهم ما يكتب الوثيقة وغير
أظهر ثم شرط الكتابة أن يكون الرق قائما بالحل وأن يكون البدل معسوم القدر والجنس وسبب رغبته
المولى في بدل الكتابة عاجلا وفي ثواب العتق آجلا ورغبة العبد في الحرية وأحكامها لا سيما لا وركها
الايجاب والقبول وعكها من جانب العبد فكانت لا تجز وتثبت حرة اليد في الحال حتى يكتسب العبد
أخص بنفسه وكسبه ويجب الضمان على المولى بالحماية عليه أو على ماله وتثبت حقيقة الحرية عند
الاداء ولهذا يقال المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل في مساحة أخرى فصارت له امة ان تستطير
تباعه وان استعمل تطاير ومن جانب المولى ثبوت ولاية المطالبة بالبدل للحال وثبوت حقيقة الملك عند
الاداء والفاظها أن يقول كاتبك على كذا أو ما يدل على ذلك قال رحمه الله (كاتب مملوك ولو صغيرا
يعقل بمال حال أو مؤجل أو مضى وقبيل صح) لقوله تعالى والذين يتبعون الكتاب مما ملكت أيمانكم

واذا كاتب الرجل عبدا له صغيرا لا يعقل لم يجز وان كان يهمل جاز ويكون كالعبد الكبير في جميع أحكامه فان كان لا يعقل ولا يتكلم
فكاتبه ثم أدى عنه رجل فتابها المولى لم يهتق لاني لو أجزت هذا لأجزت لو كاتب رجل ما في بطن جارية فجز رجل بعد ذلك فادى عنه أن
يهتق فليس هذا بشئ ويرد المال الى صاحبه الى هنا لفظ الحاكم وذلك لان الجواز بعقد القبول والذي لا يعقل ليس من أهل القبول والذي
يعقل من أهل القبول ويكون كالعبد الكبير في جميع أحكامه وقوله لو أجزت هذا لأجزت لو كاتب رجل ما في بطن جارية اشارة الى أن
أداء الاجنبي انما يصح اذا اتى على القبول ولم يجره القبول لاسن المصبي ولا من نائبه وانما رد المال الى صاحبه لانه أداه لمقدود ولم يحصل
ذلك المقدود وانه أداه بسبب باطل فلم يصح أدؤه وقال في شرح الطحاوي وان كان لا يعقل لا يجوز الا اذا قبض عليه انسان فانه يجوز
ويوقف على ادراكه فان أدى هذا القابل عتق والقبض ان يكون له استرداده وهو قول زفر وفي الاستحسان ليس له ذلك اه اتقاني
(قوله لقوله تعالى والذين يتبعون الكتاب) والكتاب والمكاتب كالعقوبات والمأجبات وعندها أن يقول المولى له عبدك كاتبك على ألف درهم
أو كاتبك بألف درهم فيقول العبد قبلت وانما سمى العقد كاتبة لما كتب فيه من الكتاب على العبد المولى لم يسمها
الاسم سائر المقود وان كان يوجد فيها من الكتابة لئلا تبطل التسمية كالنارورة حيث يسمها الاسم لئلا يفسد فيها ولا يسمي الكوفة
ونحوه ضرورة وان كان يشر المانع لئلا تبطل الاعلام اه اتقاني

(قوله لان العاقد فيه أهل) أي لان القابل للمسلم هو الحر والحر قادر ان يكونه مالكا لا شيئا والعبد لا يملك ان يكونه عاجزا اه اتقاني
(فرع) قال الاتقاني ولو قال اعبد من أدبت الى ألفا فانت حر وان أدبت الى قيمتك فانت حر فأداه يعتق لان العتق معلق بالاداء
فقد وجد شرطه قال المكرخي ولا يكون (١٥٠) هذا كتابة وان كان ثمة معنى الكتابة من وجه حتى ان العبد اذا اجاء بالبدل فإنه يجبر

على قبوله أي يصير المولى قابضاً له بالتخلية كما في الكتابة وان لم يقبل المولى استمرنا عندنا خلافاً لفرق و بيان التفرقة بين التعليق والكتابة في مسائل فإنه اذا مات العبد هنا قبل الاداء وترك ما لا فالسالكه للمولى وا يؤدي عنه فيعتق بخلاف الكتابة وكذا لو مات المولى وفي يد العبد كسب فالعبد رقيق يورث عنه مع أ كسبه بخلاف الكتابة ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها بخلاف المكاتبه اذا ولدت ثم أدت فعتقت يعتق ولدها ولو قال العبد للمولى خط عني مائة فخط المولى عند فآدى تسمة فانه لا يعتق بخلاف الكتابة ولو أبرأ المولى عن الالف العبد لم يعتق ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق ولو باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى اليه يجبر على القبول عند أبي يوسف وقال محمد في الزيادات لا يجبر على قبولها فان قبلها اعتق وكذا لو رد له بخيار أو عيب أو ما لا اعتاق على مال فهو بخلاف الكتابة وخلاف تعليق العتق بالاداء فانه اذا قال اعبد

فكاتبوه هم ان علمتم فيهم خيرا الآية مطلقة فيتناول جميع ما ذكرنا من الحلال والمؤجل والصغير والكبير وكل من يتأق منه الطلب وقال الشافعي لا تجوز كتابة الصغير ولا الكتابة الجملة أما الاقل فلان الصغير ليس بأهل التصرف وهذا بناء على مسألة الاذن للصبي في التجارة فانه لا يجوز عنده وعندنا يجوز لانه تصرف نافع وظاهر الآية يشهد لنا لان الابتغاء المذكور في الآية يتحقق منه اذا الكلام في صبي يعقل وأما الثاني فلانه عاجز عن تسليم المعقود عليه لانه مملوك لا يقدر على شيء وفي زمان قليل لا يمكنه الحصول فلا يجوز الانحجام أو أقله نجح ان لم يمكن من الحصول اذا القدرة على التسليم شرط لصحة العقد ألا ترى أن العجز الطارئ يبطله فالمقارن أولى بخلاف السلم الحلال حيث يجوز على أصله لان العاقد فيه أهل للملك قبل العقد فالظاهر أنه قادر على ايضا ما التزم وإقامه على العقد يدل على ذلك فيجوز ولما اطلق ما تلونا فانه يتناول الحلال والمؤجل فلا يجوز تقييده لانه نسخ على ما عرف في موضعه ولان البديل في الكتابة معقوده كالثلث في البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض والقدرة على تسليم الثمن ليست بشرط لصحة العقد فان من ليس عنده شيء جاز أن يشتري ما شاء بما شاء بخلاف السلم على أصلنا فان المسلم فيه معقود عليه ولا يجوز العقد على المعلوم فجعلنا الاجل عوضا عما فات من القدرة ليمكنه الحصول في المدة ولان الكتابة عقد يرفاق بالظاهر أنه يسامحه ولا يطالبه بالحال بخلاف السلم فانه مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر أنه لا يؤخر الطلب اذا توجه له المطالبة فحوزه في الحال ولان اعساره في الحال لا يدل على استمراره بل يجوز أن يملك في المجلس أضما فبذل الكتابة لان المال عادورا فح فلا يستع به الجواز ولان عقود المداينة يعتمد صحتها الاهلية دون القدرة على قضائه حتى جاز ان لا يملك شيئا أن يشتري بجملة بخلاف المبيع لان القدرة على تسليمه شرط ولهذا يشترط أن يكون موجودا معينا الا في السلم لما روى أنه صلى الله عليه وسلم نسي عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وانما اشترط قبول العبد لانه يلزمه المال فلا بد من التزامه والاصر في الآية للندب عند الفقهاء حتى لا يجب على المولى أن يكاتب عبده وقال داود الظاهري يجب عليه اذا طالب العبد ذلك وعلم المولى فيه الخير لان الله أمر به والاصر لا وجوب وقال بعض مشايخنا هو لا باحة واشترط علم الخير فيهم مخرج على وفاق العادة فان العادة جرت على أنه لا يكاتب الا اذا علم فيه الخير وقد يكون الاصر لا باحة كقوله تعالى واذا حلالتم فاصطادوا قلنا الاصر يكون للندب وهو الظاهر غنا بدليل ما بعده من قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتانا كم فانه للندب فكذا الكتابة قال شمس الأئمة وجهه على الاباحة ليس بقوى عندي لانه يؤدي الى أنه لا فائدة في ذكر الشرط لان الكتابة جائزة وان لم يعلم فيه الخير وكلام الله تعالى منزعه عن مثله ولا يكون اغير فائدة أصلا فيكون التعليق بالشرط مفيدا للندب بية يعني يستحب له أن يكاتبه اذا طلب العبد وعلم المولى فيه الخير وهو نظير قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمأملكن أيمانكم الآية فان تعلية به عدم القدرة على الحرة للندب حتى لو تزوج أمة مع القدرة على الحرة جاز لما عرف في موضعه والمراد بالخير المذكور في الآية هو أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكاتبه ولو فعل جاز وقيل الوفاء وأداء الأمانة والصالح وقيل المال والخير براديه المال قال الله تعالى ان تركل خيرا أي مالا ومائنة وامن خيرا أي مال وهو أن يكون كسوبا يقدر على أداء البديل ولا يعتق إلا بأداء كل البديل

أنت حر على ألف درهم فقبل العبد فانه يعتق من ساعته ويكون البديل واجبا في ذمته لانه أعتقه بعوض فقي قبل يزول لقوله المعوض من صاحبه كما في البيع وكذا اذا قال لعبد أنت حر على قيمة رقبتك وقيل ذلك فانه يعتق كذا في التحفة وغيرها اه وسألت في كلام الشارح عند قول المصنف وكتابة عبا ما أن العتق على مال فوق الكتابة لانه لا يقبل النقض والكتابة تقبله اه (قوله والمراد بالخير الخ) ثم قال بعضهم المراد من الخير المذكور إقامة الصلوات الخمس وأداء الفرائض اه اتقاني

لقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد مابقي عليه من مكاتبته درهم رواه أبو داود وقال عليه الصلاة والسلام أيعا عبد كوتب على مائة أوقية فأداهها الا عشر أوقيات فهو رقيق رواه أبو داود والترمذي وأحمد وغيرهم ولأن المولى لم يسلم له العوض فلا يسلم للعبد المعوض لأن العقد يقتضي المساواة واختلاف العصابة رضي الله عنهم فيه فذهب على رضي الله عنه أنه يعتق بقدر ما أدى اعتبار الجز بالسكل وبه يستويان فيما يسلم لهما من البدل ومذهب ابن مسعود أنه يعتق إذا أدى قدر قيمته لأنه يقوم مقامه ويندفع به الضرر عن المولى والباقى دين في ذمته ومذهب ابن عباس أنه يعتق بنفس العقد ويكون البدل ديناً في ذمته كأنه جعل الكتابة واردة على الذمة كالعقود ومذهب زيد بن ثابت أنه لا يعتق منه شيء حتى يؤدى السكل وبه أخذ علماء الامصار لما رويوا وقد ثبت له بعض أحكام الجزية على ما ينال ولا حاجة الى اثبات الجزية ويعتق العبد بأداء البدل وإن لم يقبل له المولى إذا أدت الى فأنتم حر وقال الشافعي لا يعتق الا إذا قال له ذلك لأن الكتابة ليس فيها الا ضرب المال على عبده منجماً وذلك لا يوجب العتق عند الاداء فلا بد من تعليق العتق بالاداء ليقع العتق عنده قلنا موجب الكتابة هو العتق عند الاداء لانها تنبئ عن الجمع وهو الجمع الجزية اليسد الى حرية الرقبة عند الاداء وما قاله الشافعي أنها عبارة عن ضم نجم الى نجم لا يستقيم لأنه لو ضرب على عبده مالا على نجوم لا يسمى مكاتباً ولا يثبت له شيء من أحكام الكتابة حتى يجوز بيعه ونهيه عن التصرف ويملك أخذ كسبه بلا اذن ولا تأثير لتعلق العتق في ثبوت أحكام الكتابة ألا ترى أنه اذا علقه بشرط آخر لا يثبت له شيء من أحكامها وكذا اذا علقه بأداء المال بان قال ان أدت الى الفأنت حر فعلم بذلك أن هذه الاحكام تثبت بعد الكتابة فكذلك العتق يثبت عند الاداء لان حكم العقد يثبت من غير تنقيص عليه كافي سائر العقود وكان القياس أن يعتق بمجرد العقد لان حكم العقد يثبت عقيبته لكن تركنا ذلك لعارضين ولأنه لو عتق كان المولى يتصرف بخروج عبده عن ملكه بعوض في ذمة المفسد فلا يصار اليه وتظير ما قلنا في الاجارة لما لم يكن ملك المنفعة في الحال تأخر ملك البدل أيضاً اعتبار المساواة بينهم من حيث لا يجب عليه خط من يملك الكتابة وقال الشافعي رحمه الله يجب عليه حمار ربيع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه أقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم أمروا هؤلاء بحقوق ولما ان العقد يوجب البدل فلا يجوز أن يكون موجب الاسقاطه إذا العقد لا يقتضي شيئاً وضد كسائر عقود المعاوضة ولو كان واجبا وجب في البدل الآخر كذلك لأن العقد يقتضي المساواة بينهما والمراد بالامر في الآية التذنب دون السليم بدليل ما تقدم من الاسر بالكتابة فانه للتذنب فكذلك هذا وليس هذا من باب الاستدلال بالقرآن في النظم مثل قوله تعالى وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة لأن تلك الآية مشتملة بكاهن مائة تلمين لا ارتباط لاحداهما بالآخرى فلا يجوز أن يستدل بحكم احدهما على حكم الاخرى أما هنا فالثانية مرتبطة بالاولى اذا تبدل المأمور به في الاول هو ان تبدل المأمور به في الثانية وعن الكافي المراد بالاداء دفع الصدقة اليهم رواه عن جماعة من العصابة رضي الله عنهم وانظر انما يدل عليه لانه للتذنب لا للخط فعلى هذا يجوز أن يكون المراد به دفع الزكاة اليهم بل هو الظاهر لانهم المراد بقوله تعالى وفي الرقاب في آية الصدقات ويجوز أن يراد به دفع الصدقة بعد الاداء لانهم من جهة فرائض المسلمين كل ذلك ممكن لأن الواو في الآية لا تقتضي الترتيب وانما قال رحمه الله (وانما اذا قال جعلت عليك ألفاً تؤديتها فجوماً أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أدته فأنتم حرة والافتق) يعني يكون مكاتباً بهذا القول مثل ما يكون مكاتباً بالقول الأول وهذا السمعان وقياس أن لا يكون مكاتباً لان النجوم فصول الاداء وله أن يضرب على عبده ما شاء من المال فيما شاء من الذمة وقوله بعد ذلك ان أدته فأنتم حرة وتعلق العتق بأداء المال وهو لا يوجب الكتابة وبوجه الاستحسان ان العبرة للمعاني دون اللفظ حتى كانت المضاربة بشرط أن يكون الربح كله للمضارب فمضارب بشرط أن يكون لرب المال بضاعة وقد أتى معنى الكتابة هنا منسباً لعقده كما اذا أطلق الكتابة بل أولى من المفسر

(قوله لقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد الى آخر الحديث) وقد روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في المجرى عن ابراهيم عن زيد بن ثابت أنه كان يقول المكاتب عبد مابقي عليه درهم اه اتقاني (قوله ومذهب زيد الخ) وقول ابن عمر وعائشة وأم سلمة مثل قول زيد كذا في شرح الاقطع اه اتقاني (قوله كسائر عقود المعاوضة) الذي بخط الشارح كسائر العقود المعاوضة اه (قوله لا ارتباط لاحداهما بالآخرى) الذي بخط الشارح لا ارتباط لاحداهما في الاخرى (قوله وعن الكافي المراد بالاداء) الخ قال اتقاني ولا حاجة للتنصير في قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم من مال الله الذي آتاكم لان مال الكتابة لا يطلق عليه اسم مال الله كما يطلق على أثمانه البياعات وأجر الاجارات وانما يطلق مال الله على أموال القرب كالصدقات والزكوات والعشر وخمس الغنمة فكذلك تعالى أمرنا بآتوهم المكاتبين من صدقاتنا لانه من مال الله الذي آتاكم

(قوله وكذا جنسها مجهول) قال الامام ظهير الدين الوالجي في فتاواه ولو كاتبه على (١٥٣) قيمة لم يجوز ان اذاعها عتق أم عدم

بلا تسمية المهر ومع نفيه فكذا اذا سمي ما لا يصلح مهر الان وجوده كعدمه وأما اذا كاتبه على قيمة نفسه فلا جنسها مجهول والقدراذهي تختلف باختلاف المقومين وكذا جنسها مجهول لان القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان ولم يتعين واحد منهما ففسد لفساد الجنس الجاهل كما اذا كاتبه على ثوب أو دابة لان الثوب والدابة أجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت في الذمة أصلا حتى في النكاح ولان موجب الكتابة الفاسدة القيمة بالتخصيص عليها تنصيص على موجب العقد الفاسد فيكون فاسدا ولا يقال لو كاتبه على عبد يجوز ويجب عليه عبد وسط أو قيمته حتى لو أتى بقيمته بجبر المولى على قبولها ولو كانت الكتابة على القيمة فاسدة لما صح ذلك لانا نقول القيمة في مسئلة الكتاب لو وجبت لوجبت قصدا وهي مجهولة فلا يمكن ايجابها قصدا وفيما اذا كاتبه على عبد تجب حكما لا قصدا أو كم من شيء يثبت حكمه لغيره وان كان لا يثبت قصدا ألا ترى أن الاضحية بالهجل لا تجوز وتجاوز تبعالامه وكذا بيع الجنين لا يجوز ويجوز تبعالامه وأما اذا كاتبه على عين لغيره فلا نفلا قدرة له على تسليمه والمراد بشي يتعين بالتممين كالثوب والعبد وغيرهما من المكمل والموزون غير النقيدين حتى لو كاتبه على دراهم أو دنانير يمينها وهي لغيره تجوز الكتابة لان النقود لا تتعين بالتممين في العقود التي هي معاوضة ولا في فسوقها وانما يجب مثابها في الذمة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الكتابة على عين الغير جائزة حتى لو ملكها العبد وسلمها الى المولى عتق وان عجز رد في الرق لان المسمى مال متقوم والقدرة على التسليم موهومة فصار كالمهر وجه ظاهر الرواية أن العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط الصحة في العقود التي تحتل الفسخ وتسليم تلك العين ليس في قدرة العبد فلا تصح تسميته بخلاف ما اذا كان البديل غير عين لانه معقود به فلا تشترط القدرة عليه ولهذا جاز لنا الكتابة المسالة وبخلاف النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو تسليم منافع البضع ليس بشرط حتى لو تزوج بغيره رضيعته جاز فعلى ما هو تابع فيه وهو الصداق أولى أن لا يشترط فيه القدرة ولهذا جاز مع نفي الصداق أيضا ولان الكتابة شرعت على وجه يفتقن المكاتب بكتابة فيثبت له حرة اليد في الحال وتقران حرة الرقبة الى وقت الاداء فلو جاز هذا لثبت حرة اليد والرقبة في حالة واحدة لا على وجه التعاقب فيكون اعتاقا ببدل ولا يكون كتابة لان الكتابة شرعت لاثبات الحرة على التعاقب اذا لم يحصل سلام لتعقد أصلا لان كل عقد لا يحصل فيه مقصوده لا ينعقد ولا يجرى جازت هذه الكتابة لكان الاداء من مال المولى اذا الاجازة تستند الى العقد فتصير العين من أكساب وقت العقد وكسبه وقت العقد ذلك فكأن الكتابة على مال المولى لا من كسب العبد بعد العقد فلا يجوز وانما قلنا ذلك لان العبد يصير مستقرا للعين من وقت العقد فيدخل في ملك المولى ضرورة ولو أجاز صاحب العين ذلك روى عن محمد رحمه الله أنه يجوز لانه لو اشترى بشيأ يجوز بالا جازة مع أنه سمي على الماسك كسبه فالكتابة أولى أن تجوز انكسبه اجنبية على المساحة والمساهلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز لانه لا يفيده المكاتب ملك كسبه وشوا المقصود بالكتابة لانها ثبتت للصاحبة الى الاداء من المكاسب ولا حاجة اذا كان البديل حينئذ لا ينعقد به مقصود الكتابة على ما بينا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز ايجاز ذلك أو لم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم العين وعند عدم الاجازة يجب عليه تسليم قيمة العين كسما في النكاح وروى أبو يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ان كان ملك ذلك العين فأدى لم يمتنع الا أن يكون المولى قال له اذا أدت الى تلك العين فأنت حرة حينئذ يمتنع بحكم التعاقب وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن قول زفر كذلك وهي رواية الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله وروى صاحب الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله أنه يمتنع بالاداء قال له المولى ذلك أو لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا متقوما وقد وجد الاداء

ابن اوز فلان قيمة العبد لا تصلح مهرا حتى لو تزوج امرأة على قيمة هذا العبد لا تصح التسمية وما لا يصلح مهرا في باب النكاح لا يصلح بدلا في باب الكتابة بالطريق الاولى وأما العتق عند الاداء فلان في الكتابة شيئين معاوضة وتعليق فأى المعنيين اعتبرنا يعنى أما المعاوضة فلان القيمة تصير عوضا لان العقد فاسد وأما التعليق فلان العتق يتعلق بأداء القيمة وقد وجد ولو كاتبه على ثوب لم يجوز لان ما سمي لا يصلح مهرا في باب النكاح فلا يصلح بدلا في الكتابة فان أدى لم يمتنع بأداء العوض بخلاف القيمة لان ما سمي عرضا في المعاوضات لان ما معاوضة الجنس وتصير معلومة القدر اذا أدى أقصى قيمته وهي مقررنة فيتعلمق لعتق بأدائها كذا في فتاوى الوالجي ثم قالوا يعتبر في القيمة ما تصادق عليه لان الحق لهما فلا يعيدوهما وكذا اذا فترق المفسوسون فان اختلاف المفسوسين في القيمة يعتبر أقصى التمينين لان شرط العتق لا يثبت الا بيمينين اه غايه (قوله حتى لو كاتبه على دراهم الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي فان كاتبها على عين بغيره لرجل لم يجز وكذا كل ما عتبه من مال غيره من عرض أو مكمل

(٣٠ - زيلعي خامس) أو موزون فان قال كاتبه على ألف فلان فهدم يارب الكتابة لانها تقع على مثلها فان أدت غيرها عتقت وكذلك ان قال كاتبني على ألف درهم على أن أعطيها من مال فلان الى هنا لفظ الحاكم اه اتفاق

(قوله لانها لاتتبعني في عقود المعاوضة) الذي بخط الشارح لانها لاتتبعني في العقود المعاوضة اه (قوله على أن يرد عليه سجدته وصيغها) قال في الهداية على أن يرد المولى عليه عبد الغير عينه (١٥٤) قال في الدراية قيده اذ لو كان العبد مبيعنا يجوز بالاتفاق لجواز بيع

المعين بالاتفاق فكذلك استثنائه ذكره في الخلاف وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز في المعين وغيره لانه شرط فاسد أو صفقة في صفقة اه (قوله وعن أبي يوسف الخ) هذا الحكم ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا ينبغي أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن اه كافي وبمعناه في النهاية (قوله ويعتق بأداء القيمة) أي بأداء قيمة نفسه اه الك (قوله وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر) أي سواء كان قال في العقد ان أدبت الخمر فانت حر أول يقل ذلك اه كافي وكتب مانعه ذكر في الاصل ان كاتبه على ميتة أو دم لم يجز فان أدى الميتة أو الدم لا يعتق الا اذا صرح بالشرط وقال اذا أدبت الميتة أو الدم فانت حر فيعتق لا لاجل الميتين لا لاجل الكتابة ولا يلزمه شيء لان العتق حصل بقضية التعليق لا بقضية المعاوضة اه اتقاني (قوله لانه هو البديل) أي القيمة على تأويل المذكور أو ذكره بتدكير الخمر وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وقيمته تعرف إما بتصادقهما لان

فيعتق كما اذا كاتبه على خرق أذاه وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن تلك العين لم تصر بدلا في هذا العقد بتسميته لانه لا يقدر على تسليمه فلا ينعقد العقد أصلا فيعتق ان أدى باعتبار صريح التعليق وان لم يصرح لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب أو ميتة وان كاتبه على عين في يد المكاتب وهو من كسبه بأن كان مأذونا له في التجارة ففيه روايتان في رواية يجوز لانه كاتبه على بدل معلوم يقدر على تسليمه وفي رواية لا يجوز لان المولى كاتبه على مال نفسه اذ الكلام في عين كسبه من قبل ولو كاتبه على دراهم في يد العبد يجوز باتفاق الروايات لانها لاتتبعني في عقود المعاوضة وأما اذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد عليه سيده وصيغها فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله تجوز الكتابة وتقسم المائة على قيمة المكاتب وعلى قيمة وصيف وسط فما أصاب الوصيف يسقط عنه ويكون مكاتبه عساق لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثنائه من العقد وتجوز الكتابة على وصيف فكذلك يجوز استثنائه من عقد الكتابة لان جهالة المستثنى منه بقدر جهالة المستثنى وجهالة المستثنى هي جهالة الوصيف وهي لا تمنع صحة التسمية فكذلك جهالة الباقي لا تمنع صحة التسمية ولهم أن يدل الكتابة مجهول القدر فلا تصح كما اذا كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان الوصيف لا يمكن استثنائه من الدنانير الا باعتبار القيمة وتسمية القيمة تفسد العقد كما ينافي ذلك استثنائها لما عرف أن الاستثناء معتبر بالتسمية على معنى أن كل ما يصلح تسمية يصلح استثناء وما لا فلا فكانت هذه الجهالة مفسدة ولان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من الدنانير بازاء الوصيف الذي رده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب هو مكتوبة فتبطل لجهالة الثمن والمثمن وكذا الكتابة ولانها لو جازت على هذا الوجه لجازت بالحصصة ابتداء ولانه صفقة في صفقة وهي بيع في كتابة فلا تجوز للنهي عنها قال رحمه الله (فان أدى الخمر عتق) لان العقد منعهقد وان كان فاسدا فيعتق بالأداء وقال زفر لا يعتق الا بأداء قيمة نفسه لان البديل في الكتابة الفاسدة هو القيمة فيعتق بأدائه ولا يعتق بأداء ما ليس ببديل هكذا ذكره في الكافي وعزاه الى المبسوط والذخيرة وكذا ذكره في الهداية وفي بعض نسخ الهداية وقال زفر رحمه الله لا يعتق الا بأداء قيمة الخمر وهو غلط من المكاتب وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لانه هو البديل معنى وعن أبي حنيفة رحمه الله ما الله أنه يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان أدبت فانت حر باعتبار أنه معاق بالشرط وقد وجد الشرط فصار نظير ما لو كاتبه على ميتة أو دم فانه لا يعتق الا في صورة التعليق وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر وكذا الخنزير والفرق بينهما وبين الميتة والدم أن الخمر والخنزير مال في الجلالة وان لم يكن لهما قيمة في حق المسلمين فانه عقد مباح مما لا يوجب الانعقاد يعتق عند أداء البديل المشروط وأما الميتة والدم فليس إعمال أصلا عند أحد فلم ينعقد العقد بهما فاعتبر فيهما ما في الشرط لا غير وذلك بالتعليق صريحا قال رحمه الله (وسمى في قيمته) لانه وجب عليه رد قيمته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب عليه رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا عتق المشتري المبيع أو تلف في يده قال رحمه الله (ولم ينقص من المسمى وزيد عليه) لانه عقد فاسد فيجب فيه القيمة بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد غير أن المولى لم يرض أن يعتقه بأقل مما سمي فلا ينقص منه ان نقصت قيمته عن المسمى والعبد يرضى بالزيادة حتى ينال شرف الحرية فيزداد عليه اذا زادت قيمته على المسمى وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لانه هو البديل في الفاسد ذكرها أولم يذكرها فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر جهالة في الفساد لا في ابطال العقد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث

المعين بالاتفاق فكذلك استثنائه ذكره في الخلاف وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز في المعين وغيره لانه شرط فاسد أو صفقة في صفقة اه (قوله وعن أبي يوسف الخ) هذا الحكم ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا ينبغي أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن اه كافي وبمعناه في النهاية (قوله ويعتق بأداء القيمة) أي بأداء قيمة نفسه اه الك (قوله وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر) أي سواء كان قال في العقد ان أدبت الخمر فانت حر أول يقل ذلك اه كافي وكتب مانعه ذكر في الاصل ان كاتبه على ميتة أو دم لم يجز فان أدى الميتة أو الدم لا يعتق الا اذا صرح بالشرط وقال اذا أدبت الميتة أو الدم فانت حر فيعتق لا لاجل الميتين لا لاجل الكتابة ولا يلزمه شيء لان العتق حصل بقضية التعليق لا بقضية المعاوضة اه اتقاني (قوله لانه هو البديل) أي القيمة على تأويل المذكور أو ذكره بتدكير الخمر وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وقيمته تعرف إما بتصادقهما لان

الحق فيما بينهما لا بعدو هما كضمان الغصب والبيع الفاسد وما يتقوى المقومين ثم لو اختلف المقومون فان اتفق لا يعتق الاثنان منهم على شيء يجعل ذلك قيمة لهم ولو اختلفا في ذلك لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين اه دراية (قوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب) أي وكذا لو كاتبه على دابة اه كافي

لا يعتق بأداء ثوب لانه مختلف اختلافا فاحشا لا يوقف على مراد المولى فكانت الكتابة باطلة فلا تعتبر
أصلا حتى لو أدى قيمته أيضا لا يعتق الا اذا علقه به قصد بان قال ان أدبت الى ثوب بافأنت حر فحينئذ يعتق
بأداء ثوب لانه تعلق صريح فصار من باب الأيمان وهي تنقد مع الجهالة فينصرف الى ما ينطلق عليه
اسم الثوب والمكتابة معاوضة فتنتج بالجهالة الفاحشة وما فيه من معنى اليقين تابع لانه ثبت في ضمن
المعاوضة فيسقط بطلان المعاوضة فلا يعتبر أصلا والاصل فيه عند علماءنا الثلاثة أن المسمى متى كان
شيئا لا يصلح عوضا للجهالة القدر أو للجهالة الجنس فان العبد لا يعتق بأداء المسمى ولا بأداء القيمة اذ لا ينعقد
هذا العقد أصلا لا على المسمى ولا على القيمة وهذا لان عتق المكاتب معلق بأداء العوض وليس بمعلق
بمطلق الاداء فاذا كان المسمى لا يصلح عوضا كتب لا يتعلق به وان كان يصلح عوضا لم يوق به كالتقية فانها
معلومة من وجه وتصير معلومة من كل وجه عند الاداء حتى تصير معلومة القدر والجنس والصفة ولهذا
صير اليها في ضمان العبد وان ضمان العتق اذا فسدت التسمية قال رحمه الله (وصح على حيوان غير
موصوف) أي صح عقد الكتابة على حيوان اذا بين جنسه لانه نوعه وصدته كالعبد والوصيف وينصرف
الى الوسط ويحبر المولى على قبول القيمة كما يحبر على قبول العين لان كل واحد أصل فالعين أصل تسمية
والقيمة أيضا أصل لان الوسط لا يعلم الا بها فاستويا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا العقد لان
المسمى فيه مجهول فصار كالولم يسم جنسه بأن كان كاتبه على دابة أو دار أو ثوب وكالبيع والجامع
كونهما معاوضة لا يضمنان الابتسمية البطل وانما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز الكتابة على
الوصيف ولا نهيها في التسمية والمساواة فلا تنفذ التسمية بالجهالة اليسيرة في البطل كالنكاح
وصار كالجهاالة في الاجل فانه اذا كاتبه على ألف الى العطاء ونحوه كالحصاد مع ما ذكرنا من اختلاف البيع
لانه مبني على المضايقة والمما كسنة وهو معاوضة مال بمال من كل وجه والكتابة معاوضة بغير مال في
الابتداء اذ البطل مقابل بشئ الجبر ابتداء وهو ليس بمال وفي الانتهاء وان كان معاوضة مال بمال
لانه يقابل الرقبة لكن على وجه يستط الملك عنه لا يكون العبد لا يملك ماله نفسه فتساقط النكاح
وبخلاف ما اذا كاتبه على دابة أو نحوها لان الجهاالة فاحشة فيه فلا تنفذ أصلا على ما بينا وبخلاف
ما اذا كاتبه على قيمة بحيث يفسد ويوجب فيه القيمة والفرق أن الجهاالة في القيمة جهالة في القدر والجنس
والوصف في الحال والجهاالة في العبد جهالة في الوصف دون القدر والجنس تخفت الجهاالة في هذا الوصف
على قيمة عبيد لا يجوز ما ذكرنا وعلى عبيد يجوز لما بينا فعلم بما ذكرنا أن جهالة الوصف لا تمنع الصحة
في معاوضة مال بغير مال وجهالة الجنس منفعته لا تمنع في الكل قال رحمه الله (أو كاتب كافر عبده
الكافر على شتر) يعني صح هذا الاخر لان الحر مال متقوم في حقهم كالعصير في حق المسلم فتصح تسميته
اذا كان المسمى معلوما واحترز بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم فانه يقع فاسد او يجب فيه القيمة على
ما بينا فيما اذا كان المولى مسلما قال رحمه الله (وأى أسلم فله قيمة الحر) لان المسلم ممنوع عن غلبته الحر
وعلفها وفي تسليم عين الحر عليها وعلى كذا المولى لم يملكها فبطل التسليم لكونه موصوفة في الذمة
والقبض يرد على مدين فيكون غير ما ورد عليه العقد فيكون غلبته من العبد وتلك من المولى في الحال
عوضا عما في الذمة فلا يجوز في حق المسلم فحجز عن تسليم الحر فوجب المصير الى استحباب قيمة الحر لقيامها
مقام المسمى وتكون الكتابة باقية على حالها بخلاف ما اذا باع ذمي من ذمي بخمر ثم أسلم أسده فما قبل
القبض حيث يفسد البيع عند بعضهم لان العقد يقع على ما يصلح بدلا في الجملة ففي الكتابة يصح أن
تكون التسمية بدلا في الجملة ألا ترى أن اذا كاتبه على وصيف أو نحو من يجوز الكتابة وتجب القيمة فكانت
كاتبه على القيمة واهذا يحبر المولى على قدره القيمة فاذا أجاز أن ينعقد على القيمة فأولى أن يبي بخلاف
البيع لانه لا ينعقد على القيمة تحريها أصلا فكذلك لا يبي عليها أصلا قال رحمه الله (وعتق بقبضها) أي
بقبض قيمة الحر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة أحد العوضين لا يوجب سلامة العوض

(قوله لا نوعه) كالتركي
والهندي اه كأك (قوله
وصفته) جسد أو ردي
اه كأك

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

(قوله وملك البيع بالمحابة لانه من عادة التجار) قال صاحب الهداية وملك البيع بالمحابة لانه من صنيع التجار ولم يذ كر اختلاف وقال في شرح الطحاوي ولا يجوز للمكاتب البيع الاعلى المعروف في قولهم ما يجوز في قول أبي حنيفة كينما كان وقال القدوري في كتاب التقریب قال أبو حنيفة يجوز بيع المكاتب بالقليل والكثير وقال لا يتعاقب في مثله لابي حنيفة أن تصرف المكاتب انفسه بدلالة ان ما يترسه من الدين لا يرجع بها على مولاه (١٥٦) فصار كالحرة لانه يتصرف بأمر مطلق كالوكيل على أصله وله ما أنفق من انفسه

الآخر لاخر واذا أدى الخمر عتق أيضا التضمن الكتابة تعليق العتق بأداء الخمر اذهى المذكورة في العقد فصار كالوكيل كاتب المسلم عبده على خرفانه يعتق بأداء الخمر أو قيمة نفسه على ما مر قال في الكافي هكذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين الشيرازي ونعيم الدين الافطس والرحي والنيسابوري في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والترمذي ناشي لو أدى الخمر لا يعتق ولو أدى القيمة يعتق لان الكتابة انتقلت الى القيمة ولم يبق الخمر بدلا في هذا العقد لانه ان عقد صحى على الخمر ابتداء وبقي بعد الاسلام على قيمتها صحى على حاله ولا يتصور بقاؤه صحى على الخمر بعد الاسلام فخرجت الخمر من أن تكون بدلا فيه ضرورة وبأداء غيره البديل لا يعتق بخلاف ما اذا كاتب المسلم عبده أو كاتب الكافر عبدا المسلم على خمر حيث يعتق بأداء الخمر لان العقد فيه ان عقد فاسدا فيعتق بأداء البديل المشروط فيه لما فيه من معنى التعليق فيعتق باعتباره ويضمن لمولاه قيمته لانها ليست بمال والله أعلم بالصواب

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال رحمه الله (للمكاتب البيع والشراء والسفر) لان مقصود السيد من العقد الوصول الى بدل الكتابة ومقصود العبد منه الوصول الى الحرية وذلك انما يحصل بالبيع والشراء وقد لا يتفقان في الحاضر فيحتاج الى الخروج الى السفر وملك البيع بالمحابة لانه من عادة التجار يفعلون ذلك انظارا للمساخطة واستجلايا لقلوب الناس كي يكثر معاملاته فتكثر بيوعه وتصرفاته كلها فيصل الى مقصوده في أدنى مدة وقد يحاجي في صفقة ليربح في أخرى قال رحمه الله (وان شرط أن لا يخرج من المصر) هذا متصل بما قبله أى له أن يسافر وان شرط المولى عليه أن لا يخرج من البلد لان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية المولى على وجه الاستبداد والاختصاص بنفسه ومنافع نفسه وأكسابه وأن لا يتحكم عليه أحد ويحصل المال بأى وجه شاء وذلك بأن يتصرف كيفما شاء ويتقدمه لان التحصيل يختلف باختلاف الاوقات والامكان خصوصاً في السفر فانه مظنة التحصيل ومظنة الربح قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله فكل شرط يفعله من ذلك فهو خلاف موجب العقد ومقصوده فيبطل هو دون العقد لان الكتابة لا تبطل بالشرط الفاسد الا اذا كان خلافاً لصلب العقد لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها تتمم الفسخ قبل أداء البديل وتشبهه النكاح من حيث انها لا تحل الفسخ بعد الاداء ولانها مبادلة مال بمال في حق المولى ومبادلة مال بغير مال في حق العبد اذا لاعاك نفسه فيوفر عليه ما حفظه ما فله شبهة بالبيع تبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن في صلب العقد وهو أن يكون في البديل مثل أن يشترط خدمته أو يكاتبه على خمر أو خنزير أو شبيهها بالنكاح لا تبطل به اذا لم يتمكن في صلب العقد كاشتراطه أن لا يخرج من البلد أو لا يبيع بالنسيئة ونحو ذلك ولان الكتابة في جانب العبد تشبه الاعناق وهذا الشرط يختص بجانب العبد فاعترا عتاقا في هذا الشرط والاعتاق

الكثير تبرع بدلالة أنه في حال المرض من الثلث وتبرع المكاتب لا يجوز اه غاية (قوله له أن يسافر) أى استهسانا اه هداية (قوله) لان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة) أى وكل شرط مخالف مقتضى العقد باطل الا أن الكتابة لم تبطل ببطلان الشرط اذا لم يدخل الشرط في صلب العقد لان منها ما على التوسعة ولهذا يجوز الكتابة على عبد بغير عينة تحقيقه ان الشرط اذا دخل في صلب العقد بأن يقع في البديل أو المبدل كما اذا كاتبه على بديل مجهول أو بديل حرام أو كاتب جاريتة على ألف درهم على أن يطأها مادامت مكاتبته أو تخدّمه ولم يبين الخدمة وقتاً أو كاتبها وهي حامل من غيره واستثنى ما في بطنها فسدت الكتابة ولو كتبها اذا أدت الالف عتقت ويجب عليه العتق اذا وطئها في مدة الكتابة واذا لم يدخل في صلب العقد لا يفسدها كما اذا كاتب عبده على أن

لا يخرج من المصر أو على أن لا يتجرأ وما أشبه ذلك من الشروط التي لا تدخل في صلب الكتابة فالتوبة صحيحة والشرط لا باطل اه اتقانى (قوله من حيث انها تتمم الفسخ قبل أداء البديل) أى ومن حيث انها لا تصح الا ببدل معلوم كالبيع اه اتقانى بالمعنى (قوله من حيث انها لا تتمم الفسخ بعد الاداء) أى ومن حيث انه يثبت الحيوان ديناً في الذمة ويجوز من غير أن يذ كر صفة البديل ويقع على الوسط كالنكاح اه غاية (قوله مثل أن يشترط خدمته) قال في الهداية كما اذا شرط خدمة مجهولة (قوله ولان الكتابة في جانب العبد تشبه الاعناق) أى لانه اسقاط الملك اه في

(قوله في المتن وتزوج أمته) هذا اذا زوج أمته أجنبيا ما اذا زوج أمته عبده (٧٠) لا يجوز لأنه ليس فيه اكتساب المال كذا

ذكره الوالحي اه ق

وكتب ما نصه فان قيل فعلى هذا ينبغي أن يملك المكاتب تزويج ابنته ومع ذلك لا يملك قائلهم لكن ابنته مملوكة لمولاه وأمه لا حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته ولو عجز وحاضرت ابنته حبيضة لا يجب على المولى استبراء فيها جديديا بلزومه

في أمته ومكاتبته (قوله حيث لا يجوز لها) وقال رفر يبيح

لأنه من باب الا اكتساب واما

نقول المهر وجب في مقابلة

المالك في الذات لا في المنافع

وعو حق السيد فان عتقت

قبل أن يفسخ النكاح يجوز

ذلك النكاح لأن ذلك النكاح

انما كان لا يجوز بحق المولى

فإذا عتقت زال حق المولى

يجوز كما قلنا في الامه والعبد

ولا خيار لهما لأنها باشرت

العتق برضاها وانفذ بعد

العتاق اه اتقاني (قوله

وقال زفر والشافعي ليس له

أن يكتب عبده) وهو القياس

اه هداية بالمعنى (قوله

والاعتاق على مال فهو

الكتابة) أي لان الكتابة

معاوضة حتى يقال وتفسخ ولا

يفتق في الحال أماني الاعتاق

على مال يعتق في الحال بنفس

قبول المال من غير توقف

الى أداء المال فلا يقبل

الا قالة والتسليم وهذا غير

ثابت للمكاتب في تجوز

لا يبطل بالشرط كما اذا اعتق عبدا على أنه سائبة يكون الشرط باطلا والاعتاق صحيح قال رحمه الله (وتزوج أمته) لأنه من باب الا اكتساب لأنه يملك المهر وتسقط نفقتها عن نفسه وقد أطلق له باب الا اكتساب فيملكه ضرورة بخلاف تزويج المكاتبه نفسها حيث لا يجوز لها وان كان فيه اكتساب لان ملك المولى باق فيها فيمنعهما من الاستبداد بنفسها وفيه تعميدها وربما تجزى فيبقى هذا العيب فيكون على المولى ضرر وليس مقصودها أيضا بتزويج نفسها المال وانما مقصودها التخصيص والاعفاف بخلاف تزويج أمتها فان المقصود منه كسب المال فيجوز لها كما يجوز للاب والوصي بخلاف العبد المأذون له في التجارة والمضارب والشريك لانهم لا يملكون الا ما يكون من باب التجارة والتزويج ليس منه فلا يملكونه قال رحمه الله (وكاتبه عبده) وقال زفر والشافعي رحمه الله ليس له أن يكتب عبده لأنه يؤول الى العتق وهو ليس له أن يعتق على مال وكذا العقد لا يتضمن مثله ولهذا لا يجوز للوكيل أن يوكل ولا للمضارب أن يضارب ولنا أن الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها كمالك البيع وربما تكون الكتابة أنفع من البيع اذا البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيله الا بعد وصول البذل الى يده ولهذا يملكه الاب ووصيه وهو لم يملكه على أن العقد يقتضي مثله وانما يملكه على أن الكتابة بيع من نفس العبد وبيع العبد من نفسه قد يكون أنفع من البيع لغيره فاذا جاز البيع فأولى أن تجوز الكتابة بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانها لو جازت لحازت على أن العقد يتضمن مثله اذ لا طريق لجوازها الا هو وبخلاف الاعتاق على مال لأنه يوجب لغيره الحرية مقصود الحال وهو لا يقدر على ذلك ولأن فيه إزالة الملك عن العبد يدين في ذمة المالك فلا يملكه ولأن العتق لا يقتضي ما هو مثله والاعتاق على مال فهو في الكتابة فأولى أن لا يملكه وكذا الاملاك تعليق العتق بأداء المال لان فيه اثبات الحرية مقصودا ولا نه فوق الكتابة ألا ترى أنه لا يقبل النقص والكتابة تقبل فلا يملكه وليس له أن يكتب والديه ولا ولده لانهم دخلوا في كتابته تبعوا والمكاتب لا يكتب ولا منهم عزلة المملوكين للمولى حتى لا يجوز له بيعهم وينفذ عتق المولى فيهم قال رحمه الله (والولاء له ان أدى بعد عتقه) أي الولاء للمكاتب الاول ان أدى الثاني الكتابة بعد عتق الاول لان الولاء لمن أعتق ومعتقه المكاتب الاول وهو أهمل للولاء عند عتق الثاني وكان ملكه تاما فيه عند ذلك فثبت الولاء له ضرورة قال رحمه الله (ولا لاسيده) أي ان لم يؤد المكاتب الثاني المال الى المكاتب الاول بعد عتق الاول بل أداه قبل أن يعتق كان الولاء للمولى لا للمكاتب الاول لانه تعذر جعل المكاتب معتق له لعدم أهلية الاعتاق فيخلفه فيه أقرب الناس اليه وهو مولاه كما اذا اشترى العبد المأذون له شيئا فإنه لا يملكه لعدم الأهلية ويخلفه فيه مولاه لأنه أقرب الناس اليه وهذا لان له فيه نوع ملك ولعنته ضرب اتصال الى تصرفه لاستيفادته بسببه منه فجعل المكاتب كالمكاتب عن مولاه وفعل السائب ينقل الى الاصل فيصير كأنه أعتقه لان فعل نائبه ينتقل اليه فيكون الولاء له ولو أدى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق الى غيره بخلاف جبر الولاء في ولد الجارية فان مولى الجارية هناك ليس يعتق مباشرة بل تسمييا باعتبار اعتاق الاصل وعبي الأم والأصل أن الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فإذا عتق زالت الضرورة فيقول الولاء الى قوم الاب قال رحمه الله (لا التزويج بلاذن) أي لا يملك التزويج بغير اذن مولاه لان فيه تعيب نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ولم يطلق له الا عقود يوصله الى تحصيل مقصوده وهو كل عقد فيه اكتساب المال وفي حق ما ليس فيه فهو باق على الجبر وحكمه فيه حكم العبد المحجور عليه بخلاف تزويج أمته لان فيه اكتساب مال على ما بينا وعلك التزويج بأذن

اثبات أمر للمكاتب فوق حاله وذلك لا يجوز اه كما في (قوله ولذا الاملاك تعليق العتق بأداء المال) أي بخلاف ما قال لعبدان

أدبت الى ألفاف أنت حر اه كما في (قوله والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره) أي لانه عزلة النسب اه ق

(قوله بفار باتفاقهما) وانما شرط اتفاقهما لان العبد قد خرج عن ملك المولى يد اذ لا يشر بده وملكه في الرقبة باقية فلا يرد العبد ايضا
اه من شرط الشارح رحمه الله (قوله ليجتمع عليه المجاهزون) قال في المغرب في الجيم مع الهاء والزاى والمجاهز عنده العامة الغنى من التجار
(قوله في المتن والتكفل) وحكم كفالته في الحال ككفالة المحجور وعليه تصح في حقه بعد العتق لافي الحال اه دراية (قوله وليس امن
ضرورات التجارة الخ) حتى لو اقرض (١٥٨) لا يطيب المستقرض اكله الا ان يكون مضمونا عليه حتى لو تصرف فيه يجوز كما نقول

في قرص الاعيان انه لا يطيب
للمستقرض اكله ويكون
مضمونا عليه حتى لو كان عبدا
فأعتقه يجوز لانه ملكه
بالقرص الفاسد اه كاكى
(قوله وبين ان تكون بالامر
او بغير الامر) أى وسواء
كان باذن مولاه او بغير اذنه
اه كاكى وكتب ما نصه قال
في شرح الاقطع وقد قالوا
لو اجاز المولى كفالته أو هبته
لم يصح أيضا لانه لا ملك له في
ماله وانما حقه متعلق به
فهو بمنزلة الغريم اذا اجاز
عتق الوارث وهبته لمال
الميت انه لا يجوز قال الحاكم
الشهيد رحمه الله تعالى في
الكافي ولا يجوز كفالة
المكاتب بالمال ولا بالبدل
باذن المولى ولا بغير اذنه
وكذلك قبول الطهالة فان
كفل باذن سيده ثم عجز
تضمنه تلك الكفالة لان
ضمنانه كان باطلا وان أدى
فعتق لزمته الكفالة لانه
كفل وهو بمنزلة العبد اه
انتفى (قوله وقد بيناه)
أى عند قوله وكافة عبده اه
وأفاده انك أيضا أنه لا يملك
تعليق العتق على مال فارجع
اليه اه (قوله في المتن

المولى لان الحجر لا يملكه الا ملكه باق فيه بفار باتفاقهما لا غير لخروجه عن ملك المولى يد اول ثبوت ملكه
في الرقبة قال رحمه الله (والهبة والتصدق الا بيسير) لانهم ما تبرع وهو ليس من أهله الا أن اليسير منه من
ضرورات التجارة اذ لا يجد بدا من ضيافته واعارة ليجتمع عليه المجاهزون وهي من ضرورات التجارة
فيمالك لان من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يهب بعوض لانه تبرع ابتداء فلا يملكه قال
رحمه الله (والتكفل والاقرض) لانهم ما تبرع محض وليس امن ضرورات التجارة ولا من باب
الاكتساب فلا يملكه ولا يفرق في الكفالة بين أن تكون في المال أو في النفس وبين أن تكون بالامر
أو بغير الامر لان الكل تبرع قال رحمه الله (واعتاق عبده ولو عمل وبيع نفسه منه) لانه ليس بأهل
للاعتاق لان العتق لا يتصور الا من المالك والمكاتب لا يملك الرقبة فلا ينفذ عتقه ولو على مال لان فيه
استقاط المالك عن العبد بمقابلة دين في ذمة المالك فلا يكون من باب الاكتساب وقد بيناه وبيع العبد من
نفسه اعتاق على ما بيناه في الو كالة فلا يملكه قال رحمه الله (وتزويج عبده) أى لا يملك تزويج عبده
وكذا لا يملك به لانه تعيب له ونقص لماليته لكونه شاغلا لرقبته بالمهر واكتسبه بالنفقة وليس هو من
باب الاكتساب في شيء بخلاف تزويج الامة على ما بيناه قال رحمه الله (والاب والوصى في رقيق الصغير
كالمكاتب ولا يملك مضارب وشريك شيئا منه) لان الاب والوصى يملكان الا اكتساب كالمكاتب
فيمالك ما يملكه المكاتب من تزويج الامة وكافة مملوك الصغير والمضارب وشريك العنان والمفاوضة
لا يملكون الا التجارة والتزويج والكتابة ليس امنها وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال والبضع ليس
بمال وكذا الكتابة لان المال مقابل بفك الحجر في الحال وهو ليس بمال فلا يملكه بخلاف الاجارة
فانها مبادلة المال بالمال ولهذا لا يثبت فيها الحيوان دين في الذمة بدلا عن المنافع ولولا أنهم مال يثبت
وكذا المنافع تصلح مهرا ولولا أنهم مال لما صلحت لان الله تعالى شرع ابتغاء النكاح بالمال بقوله
تعالى أن تنفقوا بأموالكم ولم يشرع بغير المال ثم الاصل فيه أن من كان تصرفه عاما في التجارة
وغيرها يملك تزويج الامة والكتابة كالأب والوصى والحج والمكاتب والقاضي وأمينه وكل من كان
تصرفه خاصا في التجارة كالمضارب والشريك والمأذون له لا يملك تزويج الامة والكتابة عند أي حنيفة
ومحمد وقال أبو يوسف يملكون تزويج الامة لان فيه منفعة على ما بيناه وجوابه أنه ليس من باب التجارة
على ما بيناه فلا يملكه وجعل في النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب وجعله في الكافي كالمأذون له في
التجارة ولم يكل وجهه وجعله كالمأذون أشبه بالفقه قال رحمه الله (ولو اشترى أباه أو ابنته تسكت عليه)
لان المكاتب من أهل أن يكاتب وان لم يكن أهلا للعتق فيجعل مكاتبه معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان
وهذا لان المكاتب ليس بمالك رقيقته والعتق يختص بمن يملك الرقبة لقوله عليه الصلاة والسلام
لاعتق فيما لا يملك ابن آدم فاذاته مذكورة لاعتناق صار مكاتبه مثله للتعذر بخلاف الحر فانه يملك الرقبة
ولا تعذر في حقه فاعتق عليه سواء كان أهلا للاعتاق بأن كان بالغاً قلا أو كان صغيراً أو مجنوناً لان
هذه الصلة وهي العتق تجب حقاً للعبد فلا يختلف بين أن يكون مكلفاً أو لم يكن كنفقات الزوجات
والاقارب ثم ذكر الاب والابن هنا وقع اتفاقا ولا يختص هذا الحكم بهما بل جميع من له قرابة الولاد

وتزويج عبده ولو عتق عبده وأجاز التزويج لا يجوز لان الاجارة لاقت عقدا باطلا وتزويج المكاتب عبده يدخلون
باطل غير موقوف لانه لا يجزله وكذا لو تزوجه الوكيل بعبد عتقه بوقف على اجارته لان تو كيلة به وقع باطلا ولو قال بعد العتق أجزت
تلك الو كالة يكون هـذا تو كيلة ابتداء اه دراية (قوله لانه تعيب له ونقص لماليته) أى ولهذا لو اشترى عبداً فوجده ذار وجهه
يتمكن من الرقبة العيب كذا في الاوضح اه كاكى

يدخون في كتابته بعماله وأقواهم دخولا الولد المولود في الكتابة ثم الولد المشتري ثم والدان وعن هذا
تفاوتون في الأحكام فان الولد المولود في الكتابة يكون حكمه حكمكم أبيه حتى اذا مات أبوه ولم يتراخوفاء
بشيء على نجوم أبيه والولد المشتري يؤدى بدل الكتابة حالا والارث في الرق والوالدان يرثان في الرق كما
مات ولا يؤثبان حالا ولا مؤجلا وانما كان كذلك لان الولد المولود في الكتابة تبعيته ثابتة بالملك
والبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد والولد المشتري تبعيته ثابتة بالملك وبالبعضية بينهم ما حكم في
حق العقد لا حقيقة في حقه لانه لا بعضية بينهم حقيقة بعد الانفصال والوالدان تبعيتهما باعتبار الملك
لا باعتبار البعضية لانهم ليسا ببعض له فاختلفت الاحكام لذلك قال رحمه الله (ولو أخاه ونحوه لا) أي لو
اشترى أخاه أو غيره من محارمه غير الولد لا يشكاتب عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال الشكاتب
عليه لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحترمة للنكاح ولهذا يعتق على الحر كل ذي رحم محرم منه ويجب
نفقة لهم عليه ولا يرجع فيما وهبه لهم ولا تقطع يده اذا سرق منهم الى غير ذلك من الاحكام المختصة بهم
فكذا هذا الحكم ولا يخيّف رحمه الله أن الشكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو
الرق ولهذا لو اشترى امرأته لا يتسد نكاحه ويجوز دفع الزكاة اليه ولو وجد كزرا غير أن الشكاتب يكتفي
بالصلة في الولد لا ترى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الولد والولد لا يكتفي في غيرهما حتى لا يخاطب
الاخ بنفقة أخيه الا اذا كان موسرا والدخول في الكتابة بطريق الصلة فيختص الوجوب بمجمله ولان هذه
قرابة تشبه بنى الاعمام في حق بعض الاحكام كحل الخلع وجران القصاص من الجانبين وقبول الشهادة
ودفع الزكاة اليه وتشبه الولد في حق حرمة النكاح ووجوب النفقة وحرمة الجمع بين اثنين منهن في
النكاح فألحقناهما بالولد في العتق وبنى الاعمام في الكتابة توفيراً على الشبهين حفظاً لهما والعمل على هذا
الوجه أولى من العمل على عكسه لان العتق أسرع نفوذاً من الكتابة فان أحد الشريكين اذا عتق نصيبه
ليس للأخر أن يطله ولو كاتبه كان له أن يطله قال رحمه الله (ولو اشترى أم ولد معه لم يجز بيعها)
أي لو اشترى الشكاتب أم ولد مع ولد منها لم يجز بيعها لان الولد لما دخل في كتابته امتنع بيعه لما ذكر
فتبعه أمه فيه فامتنع بيعها لانها تتبع له قال عليه الصلاة والسلام أعتقه اولادها ولا تدخل في كتابته حتى
لا تعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح لانهم لم يملكها بخياره أن يردا عاتق النكاح وكذا المكاتب اذا اشترى
زوجها غير أنها ان تبعه كميها كان لان الجزئية لم تثبت من جهتها على ما بينا من قبل ولو ملكها
بدون الولد جاز له بيعها عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ليس له أن يبيعها لان أم ولد له فصار كما حراد المشتري
أم ولده وحدها بدونه ولا يخيّف رحمه الله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد حالان كسب
المكاتب موقوف بين أن يؤدى فيعتق ولابن أن يجز فيعتق لاولي فلا يتعلق به ما لا يخلو من الفسخ وهو
أمومية الولد اذ لو تعاقب به لكان كسب المكاتب غير متعلق بالفسخ أو كان الاستيلاء محتمل للفسخ فيفسخ
بأنفساخ المكاتبه حينئذ يلزم أن يجعل الشيء الذي هو غير قابل للفسخ من جهة ما يقبل الفسخ بطريق
التبعية وذلك لا يجوز لان الذي لا يقبل الفسخ أقوى فلا يكون تبعاً لما هو دونه وما لمالك المكاتب موقوف فلا
يجوز أن يتعلق به ما لا يلحقه الفسخ الا أنه يمنع بيعها بما لو ارشدها منه وما ثبت تبعا ثبت بشرائه المتبوع
ولو ثبت بدون الولد ثبت ابتداء والقياس يقتضيه قال رحمه الله (وان ولده من أمه ولد شكاتب عليه
وكسبه له) لانه بالدعوة ثبت نسبته منه فيتعبه في الشكاتب على ما بينا وكان كسب الولد للمكاتب لانه في
حكم مملوك فكان كسبه له كما كان قبل الدعوة اذ لا يتقطع بالدعوة انتمصاصه وكذا ولدت المكاتب
ولدا دخل الولد في كتابتها لان الولد المولود تسمى اليه الصفات الشرعية الثابتة في الأم كالتبني
والاستيلاء والحرية والملك فاذا تسمى اليه صار حكمه حكمكم أمه فكانت هي أختي به وكسبه لانه جازها
وقد انقطع حق المولى عنه قال رحمه الله (وان زوج أمه من عبده وكان مملوك دخل في كتابتها
وكسبه لها) لان الولد تتبع الأم في الاوصاف الحكيمة فكان مكان مكاتبها فافسدت أختي بكسبه من

(قوله يدخون في كتابته
تبعاً) أي بعماله حتى يردونه
الى الرق بجزءه فساو كانت
كتابته بطريق الاصله لبقية
كتابته بعد بجزءه وليس كذلك
اه كأي (قوله ولو وجد كزرا)
أي ولا يملك الهبة اه كأي
(قوله فيتبعه في الشكاتب
على ما بينا) اشارة الى قوله
لانه من أجل أن يكاتب وان
لم يكن أهلاً لاعتق فان قيل
قد ذكر في الأصول وغيره
من فتاوى قاضيان والمفتي
أن المكاتب لا يملك النسب
ولا يملك رطه أمه وبها قالت
الأئمة الثلاثة فكيف يفتق
له ولد من أمه قلنا نعم لأن
له في ملك مكاتبه يد بعتقه الحر
وذلك يكتفي لقبول النسب
منه عند الدعوة وان لم يخل
وطوره كما في الجارية المشتركة
وجارية الابن اذا وطئها الاب
وآدى الولد اه دوايه

الأب لأنه لا ملك له عليه حتى يسرى إلى الولد وقد انقطع يد المولى عنها بالعقد فكذلك ولد لها فكانت هي
 أحق به لأنه بجزءها فصار كنفسيها وهي نظير المسئلة الأولى ولو قتل هذا الولد تكون قيمته للام دون الأب
 لما ذكرنا أنها أحق به بخلاف ما إذا قبل الكتابية عن أنفسهما وعن ولدهما صغير فتبطل الولد حيث تكون
 قيمته بينهما ولا تكون الأم أحق به لأن دخولها في الكتابة هنا بالقبول عنه والقبول وجد منهما فقيمتهم
 فلا يكون أحدهما أولى به من الآخر وفيما نحن فيه لم يدخل بالقبول وإنما دخل بمجرد التبعية وفيما
 الأم أولى على ما بينا قال رحمه الله (مكاتب أو ما ذون نسكح باذن حرة بزعمها فولدت فاستحققت فولدها
 عبد) يعني لو تزوج مكاتب أو عبد ما ذون له في التجارة امرأه زعمت أنها حرة باذن مولاه فولدت منه ثم
 استحققت فالولد رقيق فليس له أن يأخذه بالقيمة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد
 رحمه الله ولدها حر بالقيمة يعطيه المستحق في الحال إذا كان التزوج باذن المولى وإن كان بغير إذنه يعطيه
 بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الأمة المستحقة بعد العتق إن كانت هي الغارة وكذا
 إذا غره عبد ما ذون أو غيره ما ذون له في التجارة أو مكاتب يرجع عليه بعد العتق لأنه ليس من باب التجارة
 فلا ينفذ في حق مولى الغارة وإن غره حر يرجع عليه في الحال لأن ضمان الغرور كضمان الكفالة
 فيرجع به على الحر في الحال وعلى غيره بعد الحرية ولو كان مكاتباً وكذا حكم المهر فإن المستحق يرجع
 عليه في الحال إذا كان التزوج باذن مولاه والاف بعد الحرية وليس له هو أن يرجع على أحد بالمهر على
 ما عرف في موضعه وحكم الغرور يثبت بالتزوج ويجوز دون الأخبار بأنها حرة لمحمد رحمه الله أنه تزوجها رغبة
 في حرية الأولاد معتمداً على قولها فلم يحصل له فصار مفروراً كالحرة فتكون أولاده أحراراً بالقيمة دفعا
 للضرر عنه كالحرة ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقاً إذا ولد يتبع الأم في الرق والحرية وتورث كالأحرار
 في الميراث بإجماع الصحابة رضي الله عنهم والعبد ليس في معنى الحر لأن حق المولى وهو المستحق في الحر مجبور
 بقيمة واجبة في الحال وفي العبد بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فتعذر إلحاقه بهم المساواة هكذا ذكرنا
 هنا وهذا مشكل جداً فإن دين العبد الزم به بسبب أذن فيه المولى يظهر في حق المولى ويطالب به للحال
 والموضوع هنا مفروض فيما إذا كان باذن المولى وإنما يستقيم هذا إذا كان التزوج بغير إذن المولى
 لأنه لا يظهر الدين فيه في حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد في الحال وتشهد المسئلة التي تلي هذه المسئلة
 لهذا المعنى قال رحمه الله (وإن وطئ أمة بشراً فاسد فرددت فالعقر في المكاتب) أي لو اشترى المكاتب
 أمة شراً فاسداً فوطئها ثم ردها بحكم الفساد على البائع وجب عليه العقر في حال الكتابة قبل العتق
 وكذلك العبد المأذون له في التجارة لأن هذا من باب التجارة فإن التصرف يقع صحياً تارة ويقع فاسداً
 أخرى والكتابة والأذن ينظمان البيع والشراء بينهما فكانا مأذونين فيهما كالتوكيل به ما يظهر
 في حق المولى فيؤاخذان به في الحال قال رحمه الله (ولو نكح أحذبه مدعتق) أي لو تزوج المكاتب
 امرأة بغير إذن مولاه فوطئها يؤخذ بالعقر بعد العتق وكذلك المأذون له في التجارة لأن التزوج ليس
 من الاكتساب ولا من باب التجارة فلا ينظمه الأذن بالتجارة ولأن الكتابة كالكفالة فلا يظهر في حق
 المولى فلا يؤاخذ به في الحال بخلاف الفصل الأول وهو ما إذا ووطئها بحكم الشراء الفاسد لأن الأذن
 بالتجارة والكتابة تناول الشراء الفاسد على ما بينا فيكون ظاهراً في حق المولى وبخلاف ما إذا اشترى
 أمة فوطئها ثم استحققت حيث يؤاخذ بالعقر في الحال لأنه من توابع التجارة فيتناوله الأذن وهذا لأن
 المشتري لا يسلم في كل مرة بل يجوز أن يستحق فكان هذا العقر من توابعها لأنه لا الشراء لما وجب
 وإنما كان يجب الحد وما يجب بسبب الشراء يكون من ضمان التجارة وما يترتب عليه حكمه حكم ضمان
 التجارة وإن كان مقابلاً ليس بمال ألا ترى أن العارية والهبة والضيافة اليسيرة لما كانت
 من توابع التجارة التحقت بالتجارة حتى صار العبد مأذوناً فيها وتناولها الأذن بتناول التجارة وإن كانت

(قوله وإن غره) أي إذا زوجه
 على أنها حرة لا إذا أخبره
 بأنها حرة وتزوجها هو بنفسه
 اهـ (قوله في المتن فاستحققت
 أو بشراء) هذا ثابت في نسخ
 المتن وليس في خط الشارح
 رحمه الله اهـ (قوله أي
 بالبيع والشراء) هذا حاشية
 بخط الشارح اهـ (قوله
 يؤخذ بالعقر بعد العتق)
 قال الاتقاني رحمه الله وينبغي
 لنا أن نعلم أن المكاتب
 إنما يؤاخذ بالعقر في النكاح
 بعد العتق إذا كانت المرأة
 ثيباً ما إذا كانت بكراً
 فافتضاها يؤاخذ به في الحال
 وقد رويناه قبل هذا عن شرح
 الطحاوي وكذلك العقر
 يؤخذ في الحال وإن كانت
 المرأة ثيباً إذا كان المولى
 أذن له في النكاح وقد مر
 ذلك قبل هذا أيضاً اهـ

فصل (قوله وولد أم الولد انما يثبت نسبها الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ولدت المكاتبه من المولى ومضت على الكتابة ثم ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا أن يدهى وذلك لان وطأها حرام على المولى بسبب الكتابة لانه لا يحل له وطأ المكاتبه ولا كتمانها لمولاه وولدها ولد المملوكه فلا يلزمه بدون الدعوة اه اتقاني (قوله في المتن وان كاتب أم ولده) اعلم أن كاتبة أم الولد جائزة ككتابة الاماء لقوله تعالى والذي يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا بيانه أن أم الولد مملوكه للمولى والمالك فيها باق بعد الاستيلاء ولهذا يجوز للمولى وطؤها واجارتها واستخدمها الا أنه لا يجوز اخراجها عن ملكه الى غيره بوجه من الوجوه لانه لا يلزم بطلان استحقاقها الحرية فلما كان المالك فيها باقيا جاز كتمانها لانه لا فصل في الآية بين مملوك ومملوكه فان قيل (١٦٩) رق أم الولد لا قيمة له عند أبي حنيفة

فينبغي أن لا يجوز أخذ
العوض عنه بالكتابة قيل
لرفع القيمة في السعاية وانما
لا قيمة له في العقود والبياعات
ألا ترى أن أم ولد النصراني
اذا أسلمت لزمها السعاية
لهذا المعنى كذا في شرح
الافطع ولان في كاتبة أم
الولاد يصل حقها اليها مجبلا
فجارت حاجتها الى ذلك اه
اتقاني (قوله في المتن أو مدبره)
قال الاتقاني وانما جاز كاتبة
المدبر لقيام الرق فيه الا أنه
استحق الحرية من وجه
واستحقاقها من وجه لا ينافي
استحقاقها من وجه آخر
فجارت وصورتها في الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن
أبي حنيفة في رجل له مدبر
كاتبه في صحته على مائة
وقيته ثلثمائة وليس له مال
غيره ثم مات المولى قال
ان شاء العبد سعى في جميع
الكتابة وان شاء سعى في ثلثي
قيته وان كان التدبير بعد
الكتابة فان شاء سعى في ثلثي

هي في نفسها تبرعا وفيما نحن فيه وجب العقر باعتبار شبهة النكاح وذلك ليس من التجارة في شيء ولا
من الكسب فلا يتناولها الاذن ولا عقد الكتابة فيتأخر ما وجب فيه الى ما بعد العتق لعدم ولاية التزامه
بهذا الطريق بغير اذن المولى والله أعلم

فصل قال رحمه الله (ولدت مكاتبه من سيدها مضت على كتابتها أو عجزت وهي أم ولده) لانها لما
ولدت من مولاهما صارت أم ولده فتلقاها جارتها حرة عاجلة ببذل وهي الكتابة وأجلة بفسر ببذل وهي
أمومية الولد فتختار أيتها ما شأت ونسب ولدها ثابت بالدعوة ولا يحتاج الى تصديقها لانها مملوكه له رقبته
بخلاف ما اذا ادعى ولد جاريته المكاتبه حيث لا يثبت النسب من المولى الا بتصديق المكاتبه لانه لا ملك
له حقيقة في ملك المكاتبه وانما له حق المالك فيحتاج فيه الى تصديقها بخلاف ما اذا ادعى ولد جاريته ابنه
حيث يثبت نسبه بمجرد الدعوى ولا يحتاج فيه الى تصديق الابن لان له أن يملك مال واده الحاجة
فيمتلكها قبيل الاستيلاء بشرط الله على ما بيناه في النكاح فلا حاجة الى تصديقه والولد حر لان المولى يملك
اعتاق أولاده لانهم يشككون عليهم ولا يملك بيعهم فصار حكمهم حكمها واذا مضت على الكتابة
أخذت عقرها من سيدها لكونها أخصر بنفسها وأكسبها واذا مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط
عن مال الكتابة لانها ما التزمت البذل الا لتسلم لها نكاحا بعتا بثلثه بجهة الكتابة فاذا سلمت لها بجهة
أخرى لم ترض بتسليمه له أو لورثته بحسبنا فلا يجب عليها وان ماتت وتركت مالا أو أدى كتابتها منه وما بق
ميراث لولدها الثبوت عتقها في آخر جزء من حياتها وان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه حر وان ولدت
ولدا آخر لم يثبت نسبه منه من غير دعوة لحرة وطأ عليه وولد أم الولد انما يثبت نسبه من غير دعوة اذا
لم يحرم على المولى وطؤها وان حرم فلا يلزمه حتى اذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك في مدة يمكن العسوق
بعد التحجيز ثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نكحها من يحسب كسائر أولاد أمتهات الاولاد ولولم يدع الولد
الثاني وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة لانه مكاتب تبعها ولومات المولى بعد ذلك
عتق وبطل عنه السعاية لانه عزله أم الولد اذ هو ولد لها فبعتها قال رحمه الله (وان كاتب أم ولده
أو مدبره) لان ملكه ثابت في كل واحد منهما ما وان كانت أم الولد غير ممتقة قومة عند أبي حنيفة رحمه
الله وعقد الكتابة يرد على المملوك لحاجته الى التوصل الى ملك اليد والمكاتب في المال والى الحرية
في المال وأم الولد في هذا كغيرها لانها مملوكه يدور رقبته فيحقق حكم الكتابة في المملك ما عليه
المكاتب في الحال والمآل وكسبها للمولى فيصح نسبه اثبات هذه الملكية له بالبدل ولان ملكه فيها
محترم وان لم يكن ممتقوما عند أبي حنيفة فجاء أخذ العوض عنه كالتفصيل قال رحمه الله (وعتقت

(٣١ - زباني خامس) الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته وقال أبو يوسف ومحمد يسعى في الاقل من ذلك الى هنا لفظ أصل الجامع
الصغير ولم يذكروا في الجامع الصغير خلاف أبي يوسف ومحمد في المسئلة الاولى كما ترى فلاجل هذا الشبهة اطال واحتاج الى التأويل فقال نظر
الاسلام على البرزوي في شرحه بر يدي في المسئلة الثانية وأما في المسئلة الاولى فعند أبي يوسف يسعى في الثلثي قدر أبو حنيفة وقال محمد
يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي كتابته وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا كاتب الرجل مدبره ثم مات وعرض يخرج من ثلثه عتق
وبطلت عنه السعاية وان لم يكن له مال غيره فان شاء سعى في الكتابة وان شاء سعى في ثلثي القيمة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يسعى
في الاقل من ذلك ولا يخير وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي القيمة وثلثي المكاتبه قال أبو الفضل وفول محمد هذا خلاف ما قاله في الجامع
الصغير الى هنا لفظ أبي الفضل الحاكم الشهيد اه كلام الاتقاني رحمه الله

مجاناً بغيره) أي عتقت بموت المولى بغير شيء يلزمها وسقط عنها بدل الكتابة لانها عتقت بسبب أمومية
الولد لبقاء حكم الاستمالة لادبها الكتابة لعدم التنافي بينهما ومن حكمه عتقها بعد الموت مجاناً وتسليمها
الاولاد والا كساب لانها عتقت وهي مكتوبة ومملوكة ما يمنع من ثبوت ملك الغير في نفسه فصار كما اذا عتقها
المولى في حال حياته ولئن انفسخت الكتابة في حق نفسها بقيت في حق الاولاد والا كساب لان الفسخ
النظر لها والنظر لها في بقاء الكتابة ليقبضها اولادها في العتق وتسليم لها كسابهم فيجعل كل كساب
عتقت بالابناء في حق الاولاد والا كساب ولان دخول اولادها في الكتابة بطريق التسمية فمقتون
بعتقها تبعاً لها لان التسمية حكم المتبوع ولا يمكن ذلك الا بالطريق الذي ينشأ وهو أن تفسخ الكتابة في
حق سقوط البدل عنها فقط وتبقى في حق غيره من الاحكام نظراً لها ولو أدت بدل الكتابة قبل موت المولى
عتقت بالكتابة لبقائها الى وقت الاداء وبالاداء تقرر ولا تسقط قال رحمه الله (وسمي المدير في ثلثي قيمته
أو كل البدل بموته فقيراً) أي لو مات بعدما كاتبه ولا مال له غيره فهو بالخيار بين أن يسعي في ثلثي قيمته أو
جميع بدل الكتابة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يسعي في الأقل منهما
وقال محمد رحمه الله يسعي في الأقل من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة فانخلاف في موضعين الخيار والمقدار
وأبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله في المقدار ومع محمد رحمه الله في نقي الخيار أما الكلام في الخيار
فبني على تجزئ الاعتناء وعدم التجزئ فبما كان من تجزئ باقي ما وراء الثلث عتق او بقيت الكتابة
فيه كما كانت قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه بجهتان كتابة مؤجلة وسماوية مجله فيخير بالتساوت بين
الامرين وفي التخيير فائدة ملحوظة ان يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتباره الاجل وأقلهما أعسر أداء
لكونه حالاً فكان في التخيير فائدة وان كان جنس المال متحداً وعندهما الماسعق كله يعتق ثلثه لان
الاعتناء لا يتجزأ عنده ما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه كان لاجل الكتابة وقد بقي عليه أصل الدين
غير مؤجل لان عتق بعضه حصل بطريق الوصية لكون التدبير وصية وعتق بعضه بطريق الوصية
لا يسقط عنه بدل الكتابة كما لو أعتقه المولى في مرض موته ولا مال له سواه فإنه يعتق كله عندهما
ويسقط عنه ثلث بدل الكتابة ان لم يكن عليه دين واذ بقي عليه بدل الكتابة حالاً أو وجب عليه ثلثا
القيمة بالتدبير حالاً فيأخذ منه أقلهما من غير تخيير اذا فائدة في التخيير بين القليل والكثير في جنس واحد
فصار نظير ما لو أعتق عبده على ألف أو ألفين فإنه يلزمه الأقل بلا خيار بالاتفاق فكذلك هذا والفرق لابي
حنيفة رحمه الله أن البدلين حال في مسئلة الممين وهم من جنس واحد فيجب الأقل وهو المتيقن اذا
لا فائدة في التخيير وفيما نحن فيه أحدهما مؤجل فيفيد التخيير على ما بينا وأما الكلام في المقدار
فعندهما رحمه الله لا يسقط عنه من بدل الكتابة شيء وعند محمد رحمه الله يسقط عنه ثلثه لان الكتابة
صادقت كله فيكون البطلان مقابلاً بالكل وقد عتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بازائه من البطلان ألا ترى
أنه لو عتق كله بالتدبير بأن كان يخرج من الثلث يسقط عنه كل البدل فكذلك اذا عتق ثلثه به وجب أن
يسقط ثلثه باعتبار الجزء بالكل ولهذا يؤدي كل البدل في حياته يعتق كله ولو كان ثلثه مستحقاً
بالتدبير ولم يرد عليه عقد الكتابة لماعتق كله بالاداء وصار كالوقت قدمت الكتابة وتأخر التدبير ولهما
أن المال قول بما يصح مقابله به وبما لا يصح فأنصرف كله الى ما يصح كرجل طلق امرأته طلاقاً ينفك
طلقها ثلاثاً بان لم يلزم الالف كسبه مقابلاً لباقي وهي الطلقة وهذا لان موجب الكتابة ثبوت ما لم
يكن ثابتاً للمكاتب والبدل بمقابله ذلك لا عقاباً له ما هو ثابت له والتدبير يوجب استحقاق ثلث رقبته
لا إحالة فلا تتصور استحقاقه بالكتابة لكون عقاباً له شيء من البدل فكان البدل كله مقابلاً لما وراءه
ضرورة وإذا ثبت أن بدل الكتابة مقابل لما وراء المستحق بالتدبير ولم يسلم شيء منه لا بعد بموت المولى
فلا يسقط شيء منه من بدل الكتابة وهذا بخلاف ما لو تبرم كاتبه لان البدل هناك مقابل بكل الرقبة اذ لم
يسحق شيء من رقبته عند الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة

(قوله والفرق لابي حنيفة)
أن البدلين حال في مسئلة
الممين) أراد بمسئلة الممين
قوله أو ألفين لأنه في قوة
قوله ان أدت الى ألفاً أو
ألفين والشرط عين عند
الفقهاء اهـ

بقدره أما هنا فالكتابة وقعت بعد التدبير ومالية الثلث قد سقطت حتى لو تلفه انسان لا يضمن الاقيمة
 الثلثين فكان البدل بازاء الثلثين ضرورية وليس هذا كما اذا أتى في حياته لان استحقاق الثلث قد بطل
 فبطل التدبير الذي قلنا ألا ترى أن أم الولد اذا كانت مات سقطت عنها بدل الكتابة كله لاستحقاقها
 الحصرية بجهة أخرى فكانت نفسها كانت سالمة لباثلاث الجهات ولو أدت البدل في حال حياته صح الاداء
 وعقبت به لطلالان استحقاقها بالاداء في حال حياته قال رحمه الله (وان دبر مكاتبه صح) لانه يملك تمييز
 العتق فيه فملك التعليق فيه بشرط الموت وهذا لانه يملك رقبته وهذا التصرف نافع له لاحتمال أن يموت
 المولى قبل أداء بدل الكتابة فيعتق مجانا أو يجز عن أداء بدل الكتابة فيسقط له جهة الحصرية متحصلة قال
 رحمه الله (وان عجز بقى مدبرا) لوجود السبب الموجب له قال رحمه الله (والاسعى في ثلثي قيمته أو ثلثي
 البدل بموته معسرا) أي ان لم يعجز ومات المولى معسرا فهو بالخيار بين أن يسعي في ثلثي قيمته وبين أن
 يسعي في ثلثي بدل الكتابة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال الاسعي في الاقل منهما فالخلاف في الخيار
 مبني على تجزى الاعناق وعدم تجزيه على ما ينهيه أما المقدار هنا فتفق عليه لان بدل الكتابة مقابل بكل
 الرقبة اذ لم يستحق شيئا من الحصرية قبل ذلك فاذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقط حصته من بدل
 الكتابة بخلاف ما اذا تقدم التدبير لانه سلم له بالتدبير الثلث فيكون بدل الكتابة مقابلا لعماله يسلم له وهو
 الثلثان على ما ينهيه قال رحمه الله (وان أعتق مكاتبه عتق) لان ملكه قائم فيه وهو الشرط لنفوذ العتق قال
 رحمه الله (وسقط بدل الكتابة) لانه التزمه اتمصيل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلا
 بالتحرير وقد فات ذلك بالاقتناع مجانا والكتابة وان كانت لازمة من جانب المولى لكنهم اتفخخ بالتراخي
 بالاجماع وقد وجب من المولى بالاقدام على الاعتراف ومن العبد بحصول غرضه بلا عوض وبسلامة
 أكسابه لان الكتابة تنفسخ في حق سقوط البدل خاصة وتبقى في حق غيره على ما ينهيه نفسه من هذا
 رحمه الله (وان كاتبه على ألف مؤجل فصالحه على نصف حال صح) والقياس أن لا يجوز لانه اعتياض عن
 الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان
 أن الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يتقدر على الاداء الا بدفع أعطى له حكم المال وبطل الكتابة
 مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتمد لا فلا ربا ولان عند الكتابة عتقه من وجه دون وجه لانه
 تعليق العتق بشرط الاداء ولانه شرع مع المنافي اذا الاصل أن لا يجري هذا العقد بين المولى وعبد اذا العبد
 وما في يده مولا والاجل أيضا ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر بخلاف العتدين الحرين لانه
 عقد من كل وجه فكان ربا لاجل فيه شبهة ولان الصلح أمكن جعله فسخا للكتابة السابقة وتجديد العقد
 على خمسمائة حالة قال رحمه الله (مات مريض كاتب عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف ولم تجز الورثة
 أدنى ثلثي البدل حالا والباقي الى أجل أو رد رقيقا) معناه أن مريض كاتب عبده على ألفين الى سنة وقيمته
 ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غير فانه يؤدي ثلثي الاثنين حالا والباقي الى أجل أو رد رقيقا وهذا عند
 أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد رحمه الله يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي الى أجل أو رد
 رقيقا لان له أن يترك الزيادة بأن يكتبه على قيمته فكان له أن يؤخر الزيادة وهي ألف درهم بالطريق
 الاولى فصار كما اذا خالف المريض امرأته على ألف الى سنة جاز وان لم يكن له مال آخر وصار كما هو جاز
 لان له أن يطلقها بدون المال وهذا لان ما زاد على ثلثي قيمته كان المريض ممتكنا من أن لا يملكه أصلا
 فاذا تملكه مؤجلا لا يثبت للورثة حق الاعتراض وله ما أن جميع المهر بدل الرقبة حتى أجرى عليه
 أحكام الابدال من حق الاخذ بالثمن فباعت وجريان بيع المراجعة وحق الخس بالمسمى كله فيسأ اذا باع
 ما يساوي ألفا بالدين وحق الورثة متعلق بالبدل فكذلك بالبدل والتأجيل استقاط معنى فيعتبر من ثلث
 الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال ولم يتعلق حق الورثة بالبدل فكذلك لا يتعلق بالبدل
 وأصله المريض اذا باع دارا قيمتها ألف بثلاثة آلاف الى سنة ثم مات ولا مال له غيرها ولم تجز الورثة فاعند

(قوله فاذا عتق بعض) أي
 وهو الثلث اه (قوله بعد
 ذلك) أي بالتدبير اه اتقاني
 (قوله والقياس أن لا يجوز)
 وبه قال الشافعي ومالك وفي
 الحلية وبه قال أبو يوسف
 وزفر اه دراية (قوله
 اعتياض عن الاجل) كأنه
 اشترى من المكاتب خمسمائة
 مجلدة بألف مؤجلة اه
 غاية (قوله فكان ربا) أي
 وهو حرام بين المولى وسيد
 ولهذا نص الحاكم في الكافي
 أن الرجل اذا اشترى من
 مكاتبه درهمين بدينارين لم
 يجز اه اتقاني (قوله ولهذا
 لا يجوز مثله) أي لو كان له
 دين على الحر أو مكاتب الغير
 مؤجلا فصالحه على بعضه
 مجلدا لا يجوز بالاجماع
 فكذلك اه دراية
 (قوله ولم تجز الورثة) أي
 التأجيل لان المريض لم
 تصرف في حق الورثة الا في
 حق التأجيل فكان لهم
 أن يردوه إذ تأجيل المال
 أخر حق الورثة وفيه ضرر
 عليهم فلا يصح بدون اجازتهم
 كذا في المبسوط اه كافي

يقال للمشتري إما أن تجل ثلثي جميع الثمن والثلث عليك إلى أجله والافاقض البيع وعنده يقال له
 إما أن تجل ثلثي القيمة والباقي عليك إلى أجله والافاقض البيع وحاصله أن الهبة بالأجل تعتبر في
 جميع الثمن وصية من الثلث عندهما لأن التأجيل تبرع من المريض من حيث إن الوارث يصير ممنوعا
 عن المال بسبب التأجيل كما يصير ممنوعا بنفس التبرع وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن
 هنا بدل الرقبة بدليل أنه ثبت فيه أحكام الإبدال وعنده الأجل فيما زاد على القيمة يصح من رأس المال
 ويعتبر في قدر القيمة من الثلث قال رحمه الله (وان كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم يجوزوا أدى
 ثلثي القيمة حالا أو تدريجيا) وهذا بالاجتماع لأن الهبة هنا حصلت في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما
 والفرق لمحدين هذه المسئلة وبين الأولى أن الزيادة على القيمة كانت حق المريض في الأولى حتى كان ملك
 اسقاطها بالكتابة بان يبيعه بقيمته فتأخيرها أولى لأنه أهون من الاسقاط وهنا وقعت الكتابة على أقل
 من قيمته فلا يملك اسقاط ما زاد على ثلث قيمته ولا تأجيله لأن حق الورثة يتعلق بجميعه بخلاف الأولى
 قال رحمه الله (حر كاتب عن عبد بألف وأدى عتق وان قبل العبد فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول
 حر مولى العبد كاتب عبدك فلانا على ألف درهم على أني أن أدت إليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على
 هذا الشرط وقبل الرجل ثم أدى ألفا فانه يعتق لأن عتقه يتعلق بأداءه فيعتق بوجود الشرط من غير
 قبول العبد واجازته كما اذا علقه بغيره من الشروط واذا بلغ العبد فقبل صار مكاتباً لأن الكتابة كانت
 موقوفة على اجازته وقبوله فصار اجازته في الانتهاء كقبوله في الابتداء ولو قبله في الابتداء أو وكله به كان
 ينفذ فكذا اذا اجازته ولو قال العبد لا أقبله فأدى عنه الرجل الذي كاتب عنه لا يجوز لأن العقد ارتد برده
 ولو ضمن الرجل لم يلزمه شيء لأن الكفالة تبدل الكتابة لا تجوز ولو لم يقل على أني أن أدت إليك ألفا فهو
 حر فأدى لا يعتق قياسا لأن العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق وفي الاستحسان يعتق
 لأن الكتابة صحيحة نافذة فيما ينفع العبد وهو أن يعتق عند أداء المشروط موقوفة فيما يرجع إلى
 وجوب البذل عليه نظرا للعبد وصحة العقد بقدر الامكان وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب
 ولو أدى الحر البذل عنه لا يرجع على العبد لأنه تبرع فيه وحصل له مقصوده وهو عتق العبد فصار نظير
 ما لو تبرع بأداء الثمن عن المشتري وقيل يرجع على المولى ويسترد ما أداه إن أداه بضمه إن كان ضمانه كان
 باطلا لأنه ضمن غير الواجب ألا ترى أنه لو ضمن المال في الكتابة لصحة فادى يرجع بما أدى فهما
 أولى وإن أداه بغير ضمان لا يرجع لأنه تبرع به ليحصل العتق له فتم أدائه هذا إذا أدى عنه بدل الكتابة
 كله وإن أدى عنه بعضه فله أن يرجع به سواء أدى بضمه أو بغير ضمان لأنه لم يحصل غرضه وهو العتق
 فكان حكم الاداء موقوفا فيرجع كما اذا تبرع بأداء الثمن في بيع موقوف كان له أن يسترد من البائع لهذا
 المعنى بخلاف ما اذا قبل العبد الكتابة بنفسه ثم تبرع عنه إنسان ببعض بدل الكتابة لا يرجع لأن
 غرضه بذلك قد حصل وهي براءة ذمة العبد بقدره من البذل وهنا لم يكن في ذمة العبد شيء حتى يبرأ بأدائه
 وكذا لو أداه قبل اجازة العبد العقد ثم أجازه ليس له أن يرجع بما أدى سواء أدى البعض أو الكل الا اذا أداه
 عن ضمان لأن الكتابة بالاجازة نفذت من الابتداء فيكون الاداء ميراثا للكاتب عن بدل الكتابة فيحصل
 مقصوده الا أن الضمان فاسد فيرجع عليه بحكم فساد قال رحمه الله (وان كاتب الحاضر والغائب
 وقبل الحاضر صح) أي كاتبهما المولى ومعنى المسئلة أن يقول العبد الحاضر لسيده كاتبني عن نفسي
 وعن فلان الغائب فكاتبهما فقبل الحاضر جازت هذه الكتابة استحسانا والقياس أن لا تجوز الا عن
 نفسه لولا يته عليه كن باع ماله ومال غيره أو كاتب عبده وعبده غيره فانه يجوز في عبده لوجود الولاية
 عليه دون عبده غيره لعدمها وجه الاستحسان أن المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعاله
 والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل في كتابها ولدها المولى وفي الكتابة أو المشتري فيها
 أو المضموم اليها في العقد تبعاله حتى يعتقوا بأدائها وليس عليهم شيء من البذل ولأن هذا يتعلق بالعتق

بإدائه الحاضر والمولى ينقربه في حق الغائب فيجوز من غير توقف ولا قبول من الغائب كماله كاتب الحاضر
 بألف ثم قال إن أدبته إلى فلان حر فانه يصح من غير قبول الغائب فكذا هذا إذا أمكن جعل الغائب
 تبعاً للمستغنى عن شرط رضاه وينقربه الحاضر ويطالب الحاضر بكل البديل لأن كماله عليه دون الغائب
 ولا تعتبر إجازة الغائب ولا رد ما لا يتوقف في حقه ولا يؤخذ الغائب بالبديل ولا يشي منه لأنه ليس عليه
 دين الكتابة أصلاً ولوا كتب شيئاً ليس للمولى أن يأخذه من يده وليس له أن يبعه من غيره لأنه مكانب
 تبعاً ولوا برأه المولى أو وهبه مالاً الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه ولوا برأه الحاضر أو وهبه له
 عتقاً جميعاً ولوا عتق الغائب سقط عن الحاضر حصته من البديل لأن الغائب دخل في العقد مقصوداً
 فكان البديل منقسماً عليهم ما وإن لم يكن مطالباً به بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث لا يسقط عن الأم
 شيء من البديل بعقده لأنه لم يدخل مقصوداً ولم يكن يوم العقد موجوداً وانما دخل في الكتابة بعد ذلك
 تبعاً لها وكذا ولدها المشتري ولوا عتق الحاضر لم يعتق الغائب وسقط حصته الحاضر من الكتابة ويؤدى
 الغائب حصته حالاً والارد في الرق بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث يبقى على مجرم ولده إذا مات على
 ما عرف في موضعه قال رحمه الله (وأي أدى عتقاً) أي أيهما أدى بدل الكتابة عتقاً لوجود شرط عتقهما
 وهو أداء بدل الكتابة ويجب للمولى على القبول أما إذا دفع الحاضر فلان البديل عليه وهو أصل فيه وأما
 إذا دفع الغائب فلانه ينال به شرف الحرية فيجب للمولى على القبول لكونه مضطراً إليه كما إذا أدى ولد
 المكاتب فانه يجبر على القبول وإن لم يكن البديل عليه كغير الرهن إذا دفع الدين إلى المرتين فإن المرتين يجبر
 على القبول لخاصته إلى استخلاص عنه وإن لم يكن عليه الدين قال رحمه الله (ولا يرجع على صاحبه)
 أي لا يرجع واحد منهما على الآخر عما أدى إلى المولى من بدل الكتابة أما الحاضر فلانه قضى ديناً عليه
 فلا يرجع به على غيره وإن عتق ماله لانه تبع له كما إذا أدى المكاتب البديل وعنده أولاده وأبوه فانه
 لا يرجع عليهم بشيء وإن عتقوا ماله لكونهم أتباعاً وأما الغائب فلانه أدى بغير أمره وليس مضطراً فيه
 من جهته بل يطلب نفعاً مبتدأ بخلاف غير الرهن إذا أدى الدين لاستخلاص عنه فانه يرجع على
 الراهن لانه مضطراً من جهته قال رحمه الله (ولا يؤخذ غائب بشيء) أي لا يطالب المولى الغائب ببديل
 الكتابة لانه لا دين عليه اذ لم يلتزم له شيئاً وانما دخل في الكتابة تبعاً لغيره ولذا المكاتب فانه لا يطالب
 بشيء اذ ليس عليه دين ومع هذا لو أدى البديل يجبر المولى على القبول قال رحمه الله (وقوله لغو) أي
 قبول الغائب لغو لا يعتبر وكذا اردت لغو لأن الكتابة قد فسدت وقت من غير قبوله فلا يعتبر بعد ذلك قبوله
 ولا يتغير برده مكن كفل بدين عن غيره بغير أمره فبلغه فأجاز فجازته باطلاً ولا يعتبر حكمه حتى لو أدى عنه
 لا يرجع عليه قال رحمه الله (وان كانت الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها مع وأى أدى لم
 يرجع) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجههما في المسئلة الأولى لأن هذه مثلها في جميع
 ما ذكرنا من الأحكام لأن الأم أو الأب الرقيق لا ولاية له على ولده فيكون دخول الولد في كتابته بالشرع
 لا بالولاية كدخول الغائب في كتابة الحاضر وأيهما أدى يجبر المولى على القبول وتقبل الولد للكتابة
 وردهم لا يعتبر ولوا عتق المولى الأم بقى عليهم من بدل الكتابة بحسبهم يزادون في الحال بخلاف الولد
 المولود في الكتابة أو المشتري حيث يعتق بعقدها ويطالب المولى الأم بالبديل دونهم ولوا عتقهم سقط
 عنهم حصتهم وعليها الباقي على نجومها ولوا كتب شيئاً ليس للمولى أن يأخذه ولاله أن يبعهم ولوا برأهم
 عن الدين أو وهبهم لا يصح ولها يصح فعتق ويعتقون معها ما ذكرنا في كتابة الحاضر مع الغائب والله
 سبحانه وتعالى الموفق

(قوله وليس مضطراً فيه)
 يناقض ما تقدم من قوله
 لكونه مضطراً له قارئ
 الهداية من خط الشارح

باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ من كتابة عبد غير
 مشترك شرع في كتابة عبد
 مشترك بين اثنين لأن الأصل
 عدم الاشتراك لأن الاثنين
 بعد الواحد وأطلق كتابة
 العبد المشترك ولم يقيده
 بكتابة أحده الشرع يمكن
 أو بكتابتهمما حتى يشمل
 الأمرين لأن الباب ليسهما
 جميعاً اهـ انتهى

باب كتابة العبد المشترك

قال رحمه الله (عبداهما أذن أحدهما لصاحبه أن يكتب خطه بألف ويقبض بدل الكتابة مكاتب

وقبض بعضه فحجز بالقبوض للقابض) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال هو مكاتب بينهما وأصله
أن الكتابة تجزأ عنده وعندهما لا تجزأ وأصل الخلاف في الاعتاق هل تجزأ أم لا لأن الكتابة
شعبة من شعبه أذهى تفيد الحرية في الحال إذا وفي المال رقبة فيقتصر على نصيبه عنده وفائدة الاذن
بالكتابة أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن وفائدة اذنه بالقبض أن يقطع حقه فيما قبض
بل يختص بالقابض لأن اذنه بالقبض اذن للعبد بالاداء اليه منه فيكون متبرعا بنصيبه على المكاتب
فيصير المكاتب أخص به فإذا قضى به دينه اختص به القابض وسلم له كله كرب الوديعة إذا أذن للمودع
بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل كذا هذا الا اذا تم قبل الاداء فيصح منه
لأنه تبرع لم يتم بعد وانما قلنا ذلك لأن المكاتب نصف كسبه له لا يتعرض له فيه أحد لكون نصفه مكاتبا
والنصف للشريك الذي لم يكاتب لأن نصيبه قن فيكون كسبه له فإذا أذن للمكاتب أن يصرفه بدنه صح
اذنه وتم بالقضاء دينه به فلهذا كان المقبوض للقابض وان عجز المكاتب ولا يرجع الاذن بذلك وان لم
يحصل مقصوده وهو الحرية لأن المتبرع عليه هو العبد ولو رجع لرجع به على العبد والمولى لا يستوجب
على عبده دين بخلاف ما اذا تبرع شخص بقضاء ثمن المبيع ثم استحق أو هلك قبل القبض وانفسخ البيع
أو تبرع بقضاء مهر ثم حصلت الفرقة من جهة المتبرع عنه حيث يرجع بالثمن والمهر لأن ذمة البائع والمرأة
محل صالح لوجوب دين المتبرع عليهم ما فاقا مكن الرجوع ولو كان الشريك الاذن صريحا وأدى من كسبه
بعد الاذن صح من جميع المال وان أدى من كسبه قبله صح من الثلث لأنه تبرع بعين مال وفي الاول
بالمنافع اذ لم يكن المال موجودا حالة الاذن فالتبرع بالمنافع لا يعتبر من الثلث بل ينفذ من جميع المال
بخلاف العين وعندهما الكتابة لا تجزأ فيكون الاذن بكتابة نصيبه اذنا بكتابة كله فإذا كاتبه صار كله
مكاتبا كاتب نصيبه بالاصالة ونصيب شريكه بالو كالة فيكون مكاتبا لهما ويكون بدل الكتابة بينهما
والمقبوض بينهما قبل العجز وبعد ولو كاتبه بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتبا عنده وعندهما صار كله
مكاتبا لهما إذا كانا لساكت أن ينسخ بالأجماع قبل أن يؤدي بدل الكتابة دفعها للضرر عن نفسه
بخلاف ما اذا باع نصيبه حيث لا يفسخ البيع لأنه لا ضرر فيه اذ لا يخرج نصيبه من يده ولا يؤل إلى ذلك
وبخلاف العتق وتعلق عتقه بالشروط حيث لا يفسخ لأنه لا يقبل الفسخ ولو أدى بدل الكتابة عتق
نصيبه خاصة عند أبي حنيفة رحمه الله لأن العتق تجزأ عنده ولساكت أن يأخذ من الذي كاتب
نصف ما أخذ من بدل الكتابة لأنه كسب عبدا مشتركا بينهما ثم ينظر ان كاتبه بألف لم يرجع على
المكاتب بشيء مما أخذ منه شريكه لأنه سلم له بدل نصيبه وان كاتب نصيبه فقط بألف رجع على المكاتب
بما أخذ شريكه لأن الكل كان بدل نصيبه فلم يسلم له إلا بعضه فيرجع به عليه وعندهما بالاداء عتق كله
ويرجع الساكت على شريكه ان كان موسرا والافعل العبد كمالا عتقه وله أن يأخذ نصف ما بقي من
الا كساب لأنه كسب عبدا مشتركا ولو كاتبه الساكت بمائة دينار بعد الاول صار مكاتبا لهما أما عنده
فظاهر لأن نصيبه لم يتكاتب من قبل فصح كتابته بعد الاول لأن الكتابة تجزأ عنده فنفذ كتابة كل
واحد منهما وأما عندهما فلان الساكت كان له أن يفسخ فإذا كاتبه كان فسخا منه في نصيبه وأما
قبض شيئا من بدل نصيبه لا يشاركه صاحبه في ذلك وتعلق عتق نصيب كل واحد منهما بما يجتمع بدل
الكتابة المسمى في كتابة نصيبه فان أدى اليهما معا فالاولاهما عندهم وان قدم أحدهما صار مكاتبا
حرره أحدهما عتق نصفه عند أبي حنيفة رحمه الله ويبقى نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية
الا أن يجزأ المكاتب فيخير الساكت بين تضمين المعتق والاعتاق واستسعاء العبدان كان المعتق موسرا
وبين الاستسعاء والاعتاق ان كان موسرا وعند أبي يوسف يضمن المعتق ان كان موسرا ويستسعى العبد
في نصف قيمته ان كان موسرا وعند محمد يضمن الأقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة في اليسار وفي
الاعسار سعي في ذلك وان كاتبه كتابة واحدة لا يعتق بأداء نصيب أحدهما اليه ويعتق باعتاقه وبراءة

(قوله فهي أم ولد للاول) قال الاتقاني رحمه الله وعلى الاول نصف قيمته الثاني لانه تلك نصيبه منها حين عجزت عند أبي حنيفة وعليه نصف العقر لانه وطئ مكاتبة مشتركة بينه وبين صاحبه فوجب العقر كله عليه فصار ذلك كسبها لها ثم لما عجزت كان ذلكا لكسب بينهما فسد قط عنه نصيبه وبقى نصيب صاحبه فلذلك وجب نصف العقر فان كان أدى العقر اليها قبل العجز صح لانه كسبها وأما الشريك الساكت فقد أقرب بوطء أمة كلها ملك الاول على اعتبار العجز فيغرم عقرها كاملا وعلى اعتبار الكتابة يغرم عقرها كاملا أيضا لانها مكاتبة بينهما ووطء الرجل مكاتبة يوجب العقر كوطء مكاتبة الغير وان أدى العقر اليها صح لانه كسبها وان لم يؤد اليها أدى الى شريكه لان العقر صار كله حقا له بالعجز وعندهم ما تكامل الاستيلاء الاول لم تصح دعوة الثاني ولم يغرم قيمة الولد (١٧٦) وضمن عقرها كاملا للاول لانه أقرب بوطء

أم ولد الغير ولكن سقط الحد لكان الشبهة ويضمن الاول نصف قيمتها ونصف عقرها لانه استولد جارية مشتركة بينه وبين غيره اه (قوله ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) أي ولا يجوز وطء الآخر لها اه غاية (قوله واستيلاء القنة لا يتجزأ) يأتي تعليل بعد أربعة أسطر في الشرح اه (قوله واستيلاء المدبرة يتجزأ) يأتي تعليله في هذه الصفحة من الشرح اه (قوله والاستيلاء لا يتجزأ) ألا ترى أن من كاتب أم ولده ثم مات تنسخ الكتاب وكذا إذا أعتق المكاتب من غير جهة الكتابة تنقض الكتابة وإذا انسخ الكتاب ككتابة صارت قنسة والاستيلاء في القنة لا يتجزأ وليس كذلك إذا استولد رجل مكاتبة نفسه حيث لا تنقض الكتابة لان نقض الكتابة في المكاتبة المشتركة للمدبرة لا يتجزأ

وهي نصيبه لانه لم يبق له حق قبله فيكون حكمه كالمسئلة الاولى في التضمن والسعاية والعق والاختلاف فيها وباستيفاء نصيبه لم يبرأ لان المقبوض حقهما واولهاذا يرجع عليه ثم يكسبه فلا يعتق حتى يؤدي الكل وحكمه ظاهر قال رحمه الله (أمة بينهما كاتبها فوطئها أحدهما فولدت فادعاه ثم وطئها الآخر فولدت فادعاه فعجزت فهي أم ولد للاول وضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها وقيمة الولد وهو ابنه وأي دفع العقر الى المكاتبة صح) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما هي أم ولد للاول وهي مكاتبة كلها وعليه نصف قيمته الشريك عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ولا يثبت نسب الولد الاخير من الآخر ولا يكون الولد بالقيمة ويغرم العقر لها وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في تجزئ استيلاء المكاتبة فعنده يتجزأ وعندهما لا يتجزأ واستيلاء القنة لا يتجزأ بالاجماع واستيلاء المدبرة يتجزأ بالاجماع فادعاهما هذا فنقول اذا ادعى أحدهما الولد الاول صح دعوته لانه استولدها وله في نصفها ملك وهو يكفي لصحة الاستيلاء وصار نصيبه أم ولده ولم يملك نصيب صاحبه وبقى نصيب الآخر مكاتب على حاله وقال لا يملك نصيب صاحبه وصارت كلها أم ولده لان الاستيلاء يجب تكميله ما أسكن ألا ترى أنه لو استولد أمة مشتركة نصير كلها أم ولده للاستيلاء لا يكمل بالتكميل كما لو كانا قنينة لانه نقل وقد أمكن ههنا لان الكتابة تقتضي الفسخ والاسيلاء لا يحتمل فسخا الاستيلاء فكل النساء وفسخها الكتابة في حق الملك وهي لا تنضرب به والكتابة تنسخ فيما لا تنضرب به المكاتب وتبقى فيما وراءه ولهذا يجوز عتقه عن الكفارة بخلاف ما لو استولد مدبرة مشتركة فإنه لا يكمل ويقتصر على نصيبه لانه لا يمكن تكميلها اذا التدير منع النقل من ملك الى ملك ولا يقال لم لا تنسخ الكتابة ضمن هذه الحالة الاستيلاء لانا نقول في انفساخها ضرر بطلان حقه في الكتابة والكتابة لا تنسخ فيما تنضرب به المكاتب ولا في حنيفة رحمه الله أن الاستيلاء يقبل التجزئ اذا وقع في محل لا يقبل النقل كالمدبرة بين اثنين اذا استولدها أحدهما فإنه يتجزأ ويقتصر الاستيلاء على نصيبه والكتابة لازمة كالمدبرة فلا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر الاستيلاء على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فاذا جاءت بولد آخر رادعاه الآخر فتدعى نسب وادعاه نصيبها ملك له فتصح دعوته ويثبت نسب منه فاذا عجزت بعد ذلك جعل كأن الكتابة لم تكن وتبين أن الأمة كلها أم ولد للاول لان المفتضى للتكميل قائم والمانع من التكميل الكتابة وقد زالت فيعمل المفتضى عمله من وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار البائع اذا أسقط الخيار يثبت الملك به من وقت وجوده فيضمن الآخر نصف قيمتها لانه ملك نصيبه له كمال الاستيلاء ونصف عقرها وضمن الآخر عشرها وقيمة الولد والولد

التكميل في مكاتبة نفسه لان الاستيلاء كامل اه اتقاني (قوله والكتابة تنسخ فيما لا تنضرب به المكاتب) أي في أمومية الولد لان لها فيما نفعها حيث لا تبقى محلا لا يتدال كالبيع والهبة اه اتقاني (قوله وتبقى) أي الكتابة (فما وراءه) أي في غير ما لا تنضرب به المكاتب يعني أن الكتابة تنسخ من ضرورة تكامل الاستيلاء لان لها فيه نفعها والنايب بالضرورة تقدر بقدر الضرورة ولا يظهر أثر الانفساخ في غير موضع الضرورة حتى تبقى مكاتبة في غيره كما كانت حتى لا يستقط نصف بدل الكتابة وحتى لا يعيب على المستولد الاول قيمة النصف فنابل يجب قيمة النصف مكاتبها وحتى لا يتعدى انفساخ الكتابة الى نصيب المستولد وحتى لا يجب الحد على الثاني لانه جعل واطئ مكاتبة فافهم اه اتقاني (قوله فلا تقبل النقل من ملك الى ملك) أي بسائر الاسباب فكذلك لا تقبل بالاستيلاء وتحقيقه أن الاستيلاء يجب القول بتجزئه اذا عارضه حتى لازم اه اتقاني (قوله ونصف عقرها) أي لو طئها جارية مشتركة اه هداية

(قوله ثم قال أبو منصور الماتريدي إذا بقيت الخ) قال الاتقاني ثم عندهما الماصر كلهما أم ولد للأول قبل العجز بقي مكتوبة وإن كان
 اختلاف المشايخ قال بعضهم بنصف بدل الكتابة وقال بعضهم بجميع بدل الكتابة والأول قول الشيخ الإمام أبي منصور الماتريدي لأن
 الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط نصف بدل الكتابة وحصلت البراءة عن نصف البديل فصارت مكتوبة بالنصف فصارت عتقها
 مع بقاها بأداء النصف والثاني قول عامة (١٦٨) المشايخ لأن انفساخ الكتابة أمر ضروري ثبت في حق التملك ضرورة تكامل

الاستيلاء فلا يظهر فيما
 عند ذلك أعني في حق سقوط
 نصف بدل الكتابة فيبقى
 العقد الأول كما كان ولهذا
 جعل أبو يوسف ومحمد ذلك
 بمنزلة تلك المكتوبة التي
 أن أبا يوسف قال يضمن
 نصف قيمتها مكتوبة وقال
 محمد يضمن الأقل من نصف
 القيمة ومن نصف بدل
 الكتابة فاتفقا على قيام
 الكتابة في ذلك النصف
 (قوله ثم قال أبو يوسف الخ)
 قال الاتقاني ثم اختلف
 أبو يوسف ومحمد فقال أبو
 يوسف يضمن قيمة نصيب
 شريكه بالنصف ما بلغت يعني
 نصف قيمته مكتوبا وقال محمد
 يضمن الأقل من نصف القيمة
 ومن نصف ما بقي من بدل
 الكتابة وكذلك هذا
 الاختلاف في مكاتب بين
 اثنين أعتقه أحدهما ووجه
 قول أبي يوسف أن المدعى
 تملك نصيب صاحبه حتى
 صار كله مكتوبه فيضمن
 قيمة ما ملكه موصرا كان
 أو معسرا وفي مسألة العتاق
 أثنائه فيضمن ما أثنائه ان
 كان موصرا اه (قوله نصف
 قيمتها مكتوبة) لم يحررنا

حتر بالقيمة لأن الآخر بمنزلة المبرور لأنه وطئها على ظن أنهما على حكم ملكه وظهر بالعجز وبطلان الكتابة
 أنه لا ملك له فيها وولد المبرور ثابت النسب منه حر بالقيمة لكنه وطئ أم ولد الغير فلم يملك العتق وأيهما
 دفع العتق إلى المكتوبة جاز لأنه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فإذا عجزت ردت إلى المولى لأنه
 ظهر اختصاصها بها وهذا كما عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعنهما هي أم ولد الأول تكميلا
 للاستيلاء لأن الكتابة تنسخ فيها لا تنضرب به المكاتب على ما مر وإذا صارت كلها أم ولد له فوطئ الثاني
 صادف أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا بالقيمة ولزمه كل المهر لأن الوطء في دار الإسلام
 لا يخالو عن الضمان الجابر أو الحسد الزاجر فتعذر إيجاب الحسد للشبهة فيجب العتق ثم قال أبو منصور
 الماتريدي رحمه الله إذا بقيت الكتابة عندهما صارت كلها مكتوبة للاستيلاء بنصف بدل الكتابة لأن
 الكتابة انفسخت فيما لا تنضرب به المكتوبة ولا تنضرب بنصف بدل الكتابة والجهرور على أنها
 مكتوبة له بكل بدل الكتابة لأن الانفساخ ضروري فلم يظهر فيما وراء الضرورة وهو حكم التملك فبقي الكل
 للأول كما كان والمكتوبة هي التي تعطى العتق لاختصاصها بنفسها وبأبدال منافعتها ولو عجزت وردت
 في الرق ترد إلى الأول لظهور اختصاصها بها ثم قال أبو يوسف رحمه الله يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها
 مكتوبة لأنه علك نصيب شريكه مكتوبة موصرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف بهما وقال
 محمد رحمه الله يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق الشريك في نصف
 القيمة على اعتبار العجز عن الأداء وفي نصف بدل الكتابة على اعتبار الأداء والأقل متيقن فيجب الأقل
 قال رحمه الله (وان دبر الثاني ولم يطأها فمحجرت بطل التدبير) وهذا بالاجماع أما عندهما فلان المستولد
 على كنهها قبل العجز وأما عنده فلا لأنه بالعجز ظهر أن كلها أم ولد للأول وان الثاني لم يكن له فيها ملك الماصر
 والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لأن الملك من حيث الظاهر كاف لثبوت النسب
 واستحقاق الولد بالغرور ولا كذلك التدبير فإنه لا يثبت بالشبهات ولهذا لو اشتري أمة فدبرها ثم
 استحققت بطل التدبير ولو استولدها فهو فاستحققت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بقيمته فكذا هنا (وهي أم
 ولد للأول) لأنه علك نصيب شريكه وكل الاستيلاء لا مكان قال رحمه الله (وضمن لشريكه نصف قيمتها)
 لأنه علك نصفها بالاستيلاء على ما بينا قال رحمه الله (ونصف عقرها) لأنه وطئ جارية مشتركة بينهما
 فيجب عليه العتق بحسابه وقديناه من قبل قال رحمه الله (والولد للأول) لأن دعواه قد صحت على ماصر
 وهذا كله بالاجماع قال رحمه الله (وان كاتبها فحررها أحدهما موصرا فمحجرت ضمن لشريكه نصف قيمتها
 ورجع به عليها) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يرجع المعتقد عليهم أو يستعصمها الساكت ان كان
 المعتقد معسرا وأصل أن الاعتاق لا يتجزأ عندهما والكتابة لا تمنع العتق فعتقت كلها للعمال عندهما
 وانفسخت الكتابة ثم الساكت يضمن المعتقد ان كان موصرا ولا يرجع المعتقد عليهم لأنه ضمن باعتاقه وهو
 فعلة فلا يلزمها ضمان مال زده بفعله ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن العتق يتجزأ فجاز اعتاق نصف
 المكتوبة ولا يؤثر الفساد في نصيب الساكت زيادة على ما أوجبته الكتابة فلا يظهر مادامت مكتوبة لأن
 اعتاق النصف عمده يؤثر في جعل الباقي كالمكاتب وهي كانت مكتوبة قبل الاعتاق فكان الاعتاق محققا

مقدار قيمة المكتوبة اه اق (قوله في المان بطل التدبير) بالاتفاق وهذا ظاهر لا يشك على قولهما لأن تدبير الثاني
 لم يصادف ملكه لأن الأول لما استولدها صارت كلها أم ولد له ومكتوبة له وأما عند أبي حنيفة فلان الجارية لما عجزت ظهر أن كلها أم ولد
 للأول والثاني قبل عجزها فيه ظاهر الملك لا حقيقة فظهر الملك كاف لثبوت النسب اه اتقاني (قوله لأنه علك نصفها بالاستيلاء على
 ما بينا) أي في تعليل قول أبي حنيفة اه (قوله وقد بيناه من قبل) أي في تعليل القولين اه

(قوله فتدبيراً أحدهما يقتصر على نصيبه) أي خلافاً لهما اه (قوله ولكن يفسد به نصيب شريكه) أي لأن المدبر كان يستخدمه فبعد اعتاق الثاني له الاستخدام اه اتقاني (قوله وأشباهاه) كالهبة والصدقة والارث والوصية اه (٩٦٩) (قوله وأمثاله) كالاجارة والاعارة

والوطء اه (قوله والاعتاق وتوابعه) وهي الكتابة والاستيلاء والتدبير والاعتاق على مال اه (فرع) قال قاضيان في شرح الجامع الصغير منافع المملوك ثلاثة الاسترباح بالبيع والاستخدام وقضاء الدين من ماله بعهده الموت والتدبير نفوت منفعة واحدة وهي الاسترباح والاستيلاء نفوت منفعتان قضاء الدين بعد الموت والاسترباح فتوزع القيمة على ذلك فتكون قيمة المدبر ثلثي قيمته فساو قيمة أم الولد ثلث قيمته افنة اه

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

وانما ذكر هذا الباب آخر الان الموت والعجز عارضان بعد الكتابة فكان التأخير هو المناسب لان العارض بعد الاصل اه غاية (قوله في اثنين مكان عجز عن شئ الخ) قال في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في المكاتب عجز خذول أو عجز قال ان كان له مال ماض أو مال غائب يرجى فدومه أخره يومين أو ثلاثة لا يزيد على ذلك شئ أو هذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا أركه في الرق حتى يتوالى عليه نيمان ان هذا لفظ الأصل

(٣٣ - زيلعي خامس) الجامع الصغير وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف كذا في اختلاف اه اتقاني (قوله لا يلاء) أي اطهار اه (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نيمان) ومعنى النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ومنه قول الشاعر في أفل

الكتابة فلا يضمن المعتق قبل العجز عدم ظهور أثر الاعتاق فيها فإذا عجزت ظهرت أثر الاعتاق فيها فكان للساكت الخياران المذكورة في الاعتاق وهي ان كان المعتق موسراً فله ان يعتق وان شاء استمسه العبد وان شاء ضمن المعتق فإذا ضمن المعتق كان للمعتق أن يرجع على العبد المعتق لانه قام مقام الساكت وان كان المعتق معسراً كان له خيار الاعتاق أو الاستسعاء على ما بينا في الاعتاق وعلى هذا الخلاف لو دبر المكاتبه أو استمسه فاعنده لا يظهر حكم الاستيلاء ولا التدبير الا بعد عجزها لانهم ما يتجزأ عن عنده فيقتصر ان على نصيبه ونصيب شريكه مكاتب على حاله وكذا نصيبه لان التدبير والاستيلاء لا ينفكان الكتابة ابتداء ولا بقاء فبقية على ما كانا عليه بخلاف الاعتاق لان نصيبه بعد الاعتاق لا يقبل الكتابة ابتداء ولا بقاء فيفسخ في نصيبه دون نصيب شريكه فإذا عجزت ظهرت أثر عجزها فيضمن قيمته موسراً كان أو معسراً لانه ضمان ذلك وعندهما لا يتجزأ ان فصارت كلها أم ولده أو مدبرة لان الكتابة لا تمنع النقل لانها تفسخ في حق ما ينفعها ثم تبقى مكاتبه على حالها اذا تناهى بينهما ويضمن لشريكه نصف قيمتها في الحال موسراً كان أو معسراً لانه ضمان ذلك فلا يختلف بين اليسار والعسار ويضمن العقر في الاستيلاء قال رحمه الله (عندهما مدبرة أحدهما ثم حرره الآخر للمدبر ان يضمن المعتق نصف قيمته وان حرره أحدهما ثم دبره الآخر لا يضمن المعتق) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبيراً أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمن والاستسعاء لما عرف من مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمن والاستسعاء وعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولا يمكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار الاعتاق والاستسعاء أيضاً كما هو مذهبه فاذا ضمنه يضمنه قيمة نصيبه مدبراً لان الاعتاق صادفه وهو مدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بالتقويم وقيل يجب ثلثا قيمته وهو حق لان المنافع أنواع ثلاثة لبيع وأشباهاه والاستخدام وأمثاله والاعتاق وتوابعه والفاصل بين البيع فيسقط الثالث وإذا ضمنه لا يقبل بال ضمان لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبراً أو بقى ضمن الغاصب قيمته فانه لا يملك فكذا هذا وان اعتقه أحدهما أولاً كان لا خيار للخيارات الثلاث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمن وبقى خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستمسه وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله اذا دبره أحدهما فاعتاق الآخر باطل لانه لا يتجزأ عندهما فيملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً ان ضمان ذلك فلا يختلف بهما ويضمن نصف قيمته فانه صادفه التدبير وهو حق وان اعتقه أحدهما أولاً فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمد ويضمن نصف قيمته ان كان موسراً لان هذا ضمان الاعتاق فيجنات باليسار والعسار عندهما والله أعلم بالصواب

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال رحمه الله (مكاتب عجز عن شئ لم يملك له مال سيصل لم يعجزه الحالك الى ثلاثة أيام) نظرا الى الجانبين والثلثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كما مال الخصم للدفع والمدن للقضاء فلا يراد عليه قال رحمه الله (والاجعزه وفسخها أو سيده برضا) يعني ان لم يكن له مال سيصل في ثلاثة أيام فسخ الفاضل الكتابة أو فسخ المولى برضا المكاتب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نيمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان ردى الرق

التأجيل نجمان أي شهران ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة اه اتقاني (قوله والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر) ويقول أبي يوسف قال أجدوا بن أبي ليلى وابن عيينة والحسن بن حي اه كافي (قوله ولانه عقد رفاق) أي رفق يقال رفقت به وأرفقت بعني كذا في الصحاح اه اتقاني (قوله وحالة الوجوب الخ) يعني الفسخ للعجز ولا يتحقق العجز إلا بتوالي نجمين فلا يثبت حق الفسخ قبل دليله وهذا لانه لما مضى نجم صار حالا والعجز عن البذل الحال لا يوجب الفسخ ولا يتحقق إلا بعد الامهال وابلاء العذر اه كافي (قوله وأولى المدد) أي أحق الآجال (١٧٠) ما أجمع عليه العقادان اه كافي (قوله ما توافق عليه العقادان) أي وهو النجم

الثاني فإذا مضى الثاني تحقق العجز فوجب الفسخ اه كافي وكتب ما نصه قال خذ الاسلام على البردوي وقول أبي يوسف استحسان صار اليه تيسيرا على العبد اه اتقاني (قوله كافي شرط الخيار وفي قصص الاختيار) فان الخضر قال لموسى بعد الثلاثة هذا فراق بيني وبينك اه (قوله اذا استهل ثلاثا يهمل) أي ولم يكن بهذا القدر ممتنعاً من الاداء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا لم يكن له وجه أصلاً حيث لا ينتظر عليه أصلاً لانه تبين عجزه والمولى لم يرض بحليته إلا بأداء المال فلا يلزمه ما لم يرض به من المدة اه اتقاني (قوله فلا بد من القضاء بالفسخ) أي لان هذا عيب يمكن في أحد العوضين بعد القبض لان المكاتب بالعقد صار في يده اه كافي (قوله ولا يشترط رضا المكاتب) أي لان هذا عيب يمكن في أحد العوضين قبل تمام

والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولانه عقد رفاق حتى كان التأجيل فيها سنة وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة وأولى المدد ما توافق عليه العقادان ولان الفسخ للعجز والعجز لا يثبت ولا يتحقق بعجز الأول فلا بد من امهال مدة فكان ما اتفق عليه أولى ولهم ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتبة العجز عن نجم فردته في الرق ولان المقصود بالعقد من جانب المولى تعيين المسمى عند انقضاء النجم الأول وانه قد فات فوجب تخييره كما لو تولى عليه نجمان وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلاق بالنجم الواحد انحلال بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة في المبيع ولانه لما مضى نجم ووجب عليه حصته صار كأنه كوتب على ذلك القدر حالا وفيه يقال له إيمان تؤدى المال حالا والاردت في الرق فكذا هذا والمروى عن علي رضي الله عنه يفيد اثبات الفسخ اذا تولى عليه نجمان فلا ينفى ثبوت الفسخ قبله لان تخصيص الشيء بالذکر لا ينفى الحكم عما عداه على ما عرف من القاعدة والتأخير إلى ثلاثة أيام انما كان لاجل امضاء موجب العقد لان الاداء لا يتوجه إلا بعد انقضاء مدة النجم ولا بد للاداء من زمان فاستحسننا هذا القدر المذکور على أن يكون من باب التأجيل دون التأخير نظرا لهما واطهارا للعذر اذ هي مدة ضربت لاطهار الاعذار كافي شرط الخيار وفي قصص الاختيار وامهال المرتد وامهال المدعي عليه للدفع بعد الحكم عليه وامهال المدين للقضاء فانه اذا استهل ثلاثا يهمل وقوله عجزه وفسخها يعني الحاكم يحكم بعجزه لانه واجب عليه عند طلب المولى ذلك وله ولاية عامة فيفسخ وقوله أو سيده برضاه يعني أو يفسخه المولى برضا المكاتب لان الكتابة تقبل الفسخ بالتراضي بلا عذر رفع العذر أولى وان لم يرض العبد فلا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالدب بالعيب بعد القبض وقيل ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضا المكاتب كما اذا وجد المشتري في المبيع عيبا قبل القبض فانه ينفرد بالفسخ وحديث ابن عمر يدل على ذلك وهذا لان الكتابة تتم بقبض المولى البذل فمالم يقبض لا تتم فيفسخه مستبداً به اذا فات غرضه كما يستبد المشتري بالفسخ بالعيب قبل القبض قلنا العبد بعد العقد صار في يده فصار هذا فسخا بعد القبض فلا بد من القضاء أو الرضا قال رحمه الله (وعاداً أحكام الرق) أي اذا عجز عاداً إلى أحكام الرق لان الكتابة قد انفسخت وفك الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد قال رحمه الله (وما في يده لسيده) لانه ظهر أنه كسب عبده اذ هو كان موقوفاً عليه أو على المولى على تقدير الاداء كان له وعلى تقدير العجز كان للمولى وقد تحقق العجز فكان مولاه قال رحمه الله (وان مات وله مال لم يفسخ وتؤدى كتابته من ماله وحكم بعثته في آخر حياته) وكذا يحكم بعثته أولاده وما بقي من ماله فهو ميراث لورثته وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه وبه أخذ علمائنا وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبداً ومات له مولاه وبه أخذ الشافعي رحمه الله له أن العقد لو بقي لم يفسخ

العقد لان تمام العقد بالاداء فصار اه كافي (قوله وحكم بعثته في آخر حياته) وأجمعوا أنه اذا مات عاجزاً مات عبداً العتق وتفسخ الكتابة وتفسير الوفاء أنه اذا مات وترك ولداً فانه يؤمر بأن يسهى ويؤدى بدل الكتابة ويجعل أدائه كادائه ويحكم بعثته في آخر عجزه من أجزاء حياته وان لم يكن له ولد وترك مالا بدوفاً ببذل الكتابة فانه يؤدى بدل الكتابة منه ويحكم بعثته كذا في الطريقة البرهانية اه اتقاني (قوله وكذا يحكم بعثته أولاده) أي المولودين أو المشتريين في حال الكتابة اه كافي (قوله وهو قول) أي قول علي واه هداية (قوله ومات له مولاه) أي وبه قال أحمد والنخعي والشافعي وقتادة وأبو سليمان وأصحابه وعمر بن عبد العزيز اه كافي

للحاجة وحرم على الغنى لأنه لا حاجة له فيه وكذا على الهاشمي صيانة لقربة النبي صلى الله عليه وسلم عن
 أوساخ الناس ولم يوجد من المولى إلا خذ فصار كابن السبيل وصل إلى ماله أوفقير استغنى وفي يده ما أخذ
 من الصدقة فإنه يطيب له على ما ذكرنا فكذا هذا قال رحمه الله (وان جنى عبد فكاتبه سيده جاهلا بهما)
 أي بالجنابة (فحجز دفع أو فدى) يعني المولى بالخيار ان شاء دفع العبد بالجنابة وان شاء فداه بالارش لأنه لما
 كاتبه وهو لا يعلم بالجنابة لزمه قيمته لأنه لم يصير مختارا للفداء بالمكاتبه من غير علم وقد امتنع الدفع بفعله
 من غير أن يصير مختارا فيجب عليه الأقل من قيمته ومن الارش كما إذا أعتقه أو دبره أو استولد الجارية أو
 باعه بعد ما جنى من غير علم بالجنابة إلا أن المانع من الدفع على شرف الزوال فلم ينتقل حق ولي الجنابة من
 السيد إلى القيمة فإذا عجز زال المانع فيخير بين الدفع والفداء على القاعدة قال رحمه الله (وكذا ان جنى
 مكاتب ولم يتض به فحجز) يعني حكمه كالاول لأنه لما عجز صار قننا و جنابة القن يخبر فيه المولى بين الدفع
 والفداء على ما عرف في موضعه وقبل أن يحجز يجب عليه الأقل من قيمته ومن الارش لأن دفعه متعذر
 بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه من المولى وموجب الجنابة عندته نذر الدفع يجب على من يكون له
 الكسب ألا ترى أن جنابة المدبر وأم الولد توجب على المولى الأقل من قيمته ومن الارش لما أنه أحق
 بكسبهما قال رحمه الله (فان قضى به عليه في كتابته فحجز فهو دين بيع فيه) أي ان قضى بموجب الجنابة
 على المكاتب في حال كتابته وهو الأقل من قيمته ومن الارش فهو دين عليه يباع فيه لأن الحق انتقل من
 الرقبة إلى القيمة بالقضاء وهذا عند علماءنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله يجب عليه قيمته ولا يباع وهو
 قول أبي يوسف رحمه الله أولا لأن المانع من الدفع موجود وقت الجنابة وهو الكتابة فوجب أن يكون
 موجب القيمة ولا يتغير جنابة المدبر وأم الولد ولما أن الأصل في جنابة العبد الدفع وانما يضر إلى القيمة
 عند نذر الدفع والمانع هنا متردد لا احتمال انقضاء الكتابة فلا يثبت الانتقال عن الموجب الأصلي
 إلا بالقضاء أو بالصالح عن الرضا أو بالموت عن الوفاء وهو نظير المغصوب إذا أبقى لا تجب عليه القيمة إلا
 بالقضاء حتى إذا رجع قبل القضاء يكون أمولا وان رجع بعد القضاء يكون للخاص بكذا المبيع إذا
 أبقى قبل القبض لا يبطل البيع إلا بالقضاء وكذا إذا قتل لأن القيمة تقوم مقامه ولهذا يبقى البيع إذا رضی
 المشتري بقيمته بخلاف المدبر وأم الولد لأنهم ما لا يقبلان الفسخ قال رحمه الله (وان مات السيد لم
 تنفسخ الكتابة) لأنها حق العبد فلا يبطل بعوت السيد كالتدبير وأمومية الولد والدين وكالاجل فيه إذا
 مات الطالب قال رحمه الله (ويؤدى المال إلى ورثته على نجومه) لأن النجوم حقه لأنه أجل وهو حق
 المطلوب فلا يبطل بعوت الطالب كالأجل في الدين بخلاف ما إذا مات المطلوب حيث يبطل الأجل لأن
 ذمته قد غربت وانتقل الدين إلى التركة وهي عين هذا إذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لا يصح
 تأجيله إلا من الثلث وقد ذكرنا الاختلاف فيه من قبل قال رحمه الله (وان حرره عتق) أي لو أعتقه
 جميع الورثة عتق والقياس أن لا يعتق لأنهم لم يملكوه لأن المكاتب لا يقبل النقل بسائر الأسباب فكذا
 بالارث ولهذا لا يكون للأفان منهم الولاء فيه ولو ملكوه لمكان لهم وجه الاستحسان أن هذا يجعل ابراء
 عن بدل الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الارث فيكون الاعتاق منهم ابراء اقتضاء أو اقرارا بالاستيفاء منه
 فتبرأ ذمته لأنه لم يبق عليه دين فيعتق لبراءة ذمته كما إذا أراه المولى عن بدل الكتابة كله ويشترط أن
 يعتقه في مجلس واحد حتى لو أعتقه بعضهم في مجلس وأعتقه الآخرون في مجلس آخر لم يعتق وقبل
 يعتق إذا أعتقه الباقيون ما لم يرجع الاول قال رحمه الله (وان حرره بعض لم ينفذ عتقه) أي لو أعتقه
 بعض الورثة لا يعتق منه شيء لأنه لا يملكه ولا يعتق فيما لا يملك ابن آدم ولا يمكن أن يجعل ابراء ولا اقرارا
 بالاستيفاء لأن ابراء البعض أو استيفاءه لا يوجب عتقه لتعدد ثبوت العتق من جهته فيبطل المقتضى
 وهو الاعتاق ولا يبرأ من الدين أيضا لأن البراءة لم تثبت الاقتضاء فإذا بطل المقتضى للبراءة بطل المقتضى
 أيضا لأنه لم يثبت الإبه وبطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضى بخلاف اعتاق الجميع لأنه أمكن أن

(قوله من غير علم) أي كمالو
 باعه وهو لا يعلم بجنابته اه
 كأي (قوله وكذا إذا قتل)
 أي المبيع قبل القبض
 واختار المشتري امضاء
 البيع اه

كتاب الولاء

ايراد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب ظاهر التناسب لما أن الولاء من آثار المكاتب أيضا اه اتفاقا (قوله الا أنه اختص الخ) قال الاتقاني وفي الشريعة يراد به القرابة الحاصلة بسبب العتق أو بسبب الموالاة اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعنتق) رواه البخاري في الصحيح بإسناده إلى عائشة في كتاب المكاتب وفي كتاب الزكاة عن النبي صلى الله عليه وسلم ولأن التناسل يحصل بالاعتاق ولهذا يعقل عن المعتق مولاة لأن عاقله الرجل أهل نصرته ولهذا لو كان قوم يتناصرون (٩٧٥) بالحرفة كان عاقلهم أهل الحرفة ومن لا قرابة

له ينتصر مولاة وبعبارة
مولاة فيكون مولاة مولاة
وعصبة الاقرب فالأقرب
ولأن الاعتاق احياء معنوي
لأنه إزالة الرق الذي هو جزاء
الكفر الأصلي والكفر
موت معني فكان في الاعتاق
إزالة الكفر الذي هو الموت

المعنوي فيكون الاعتاق
احياء معنوي والنسب احياء
حقيقي لأن من لا نسب له
كوالد الزنا لا يبيح حياءا لبا
لعدم من يريه اذ لا يباله
ينسب اليه وليس للام ذوة
الترية لضعف بنيتهم فكان
النسب احياء حقيقيا ثم
بالنسب الذي هو الاحياء
الحقيقي كلولاد من لا يثبت
استحقاق أصل الارث بخلاف
أن يثبت بالاحياء المعنوي
الذي هو الاعتاق لقوله عليه
الصلاة والسلام المولاة لجة
كل عمة النسب الا أن الارث
انما يثبت لأهل دون الانساق
لقوله عليه الصلاة والسلام
انما الولاء لمن أعنتق اه اتفاقا
وكتب ما نصه قال شمس
الأئمة المرحوم في شرح
الكافي وأكبر أصحابنا

يجعل عبارة عما يحصل به العتق وهو الابراء عن جميع البذل أو الافرار بالاستيفاء للكل ألا ترى أنهم لو
أبرؤهم جميعا وأقربوا بالاستيفاء عتق ولو أبرأ بعضهم أو أقربوا باستيفاء نصيبه لا يعتق وكذا لو قبض نصيب
الكل بغير أمرهم لا يعتق الا اذا أجازوا قبضه أو قبضه بأمرهم لأنه اذا قبضه بغير أمرهم لم يبرأ عن نصيب
غير القابض ولهذا كان لهم أن يطالبوا المكاتب به ولو كان للمولى وصي وعليه دين مستغرق أو لم يكن
مستغرقا لا يعتق بقبض الورثة لأنهم لا يملكون القبض ويعتق بقبض الوصي سواء كان عليه دين أو لم
يكن ويعتق بقبض الغرماء ولو أوصى بمال المكاتب لرجل فسلمه المكاتب اليه عتق لأنه أوصل الحق إلى
مستحقه والله أعلم بالصواب

كتاب الولاء

هو من الولي بمعنى القرب فقهية قرابة حكيمية حاصلة من العتق أو من الموالاة وهذا في اللغة يقال ولي الشيء
الشيء اذا حصل الثاني بعد الاول من غير فصل ومنه قوله عليه الصلاة والسلام ليكني منكم أولو الاعلام
والنهي وقال في النهاية سمي ولأ العتاقة والموالاة لان حكمهما هو الارث بقرب ويحصل عند
وجود شرطه من غير فصل أو من الموالاة وهو مفاعلة من الولاية بالقبح وهو النكاح والعتاق لا أنه اختص
في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة وهو في الشرع عبارة عن التناسل بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة ومن
آثار التناسل الارث والعقل وسبب هذا الولاء الاعتاق عند الجمهور وقوله عليه الصلاة والسلام الولاء
لمن أعنتق والاصح أن سببه العتق على ما ذكرناه لأنه يضاف اليه يقال ولأ العتاقة ولا يقال ولأ الاعتاق
والاضافة دليل الاختصاص وهو بالبيبة ولأن من ورث فريته فعنتق عليه كان مولى له ولأ اعتاق
من جهته والحديث لا ينافي أن يكون العتق على المالك هو السبب لأن العتق يوجب عند الاعتاق لا محالة
وتخصيصه به خرج مخرج الغالب قال رحمه الله (الولاء لمن أعنتق ولو بتدبير وكتابة واستيلاء دون ملك
قريب) لما رويناه وهو يعمومه يتناول الكل ولأن الرقيق هالك حكما ألا ترى أنه لا يثبت في حقه كثير من
الاحكام التي تختص بالاحياء كالحج والتضامن والشهادة والمال في الاموال وكثير من العبادات فكان الاعتاق
احياء له لثبوت احكام الاحياء به كالأحياء بالاب لا بد فثبت به كإرث الاب من ولده ولهذا سمي وادعى
لأنه أنعم عليه حيث أحياه حكما قال الله تعالى واذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنت علمت عليه أي أنعم الله عليه
بألهدي وأنت علمت عليه بالاعتاق ولأنه يعتل عنه فوجب أن يرثه لأن النعم بالغرم والمرأة في هذا حال رجل
لا طلاق ما رويناه ولقوله عليه الصلاة والسلام ليس للنساء من الولاء شيء الا ما استحقن الحديث وروي
أن ابنة حمزة أعتقت عبد الهارومات عن بنت جعفر رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله ابنته ونصفه
الآخر لبنت حمزة ولأنهم أحيتهم حكما فترثه كل رجل ولأ اعتق في دار الحرب وخلاه لا ولا له عليه حتى اذا
خرجوا اليها مسلمين لا يرثه وعند أبي يوسف رحمه الله يثبت له الولاء ويرثه ذكره في الكافي ولأ أدى المكاتب

يقولون سبب هذا الولاء الاعتاق ولكنه ضعيف فان من ورث فريته فعنتق عليه كان مولى له ولأ اعتاق ههنا والاصح أن سببه العتق على
ملكه لأن الحكيم يضاف الى سببه يقال ولأ العتاقة ولا يقال ولأ الاعتاق اه اتفاقا قوله على ملكه أي أي سبب كان اه (قوله وأنت علمت
عليه بالاعتاق) أي وهو زيد وكان عبد الخديجة رضي الله عنهم فوهبته لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتقه اه اتفاقا (قوله
ولأ اعتق في دار الحرب وخلاه) أما اذا لم يخله بأن قال له وهو آخذ بيده أنت حر فانه لا يعتق عند أبي حنيفة بخلاف ما ذهبوا اليه حتى لو أسلم الحرب
والعبد عنه فهو مملوك عند أبي حنيفة كما سفي كتاب السير في باب الاستيلاء اه

(قوله فيكون له نصيبه الذكور) أي بطريق الخلافة لا بطريق الارث كما يأتي في آخر هذا الفصل اه (قوله في المتن بشرط السائبة لغو) قال الخريفي من أصحاب أحمد بن حنبل في مختصره ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء عليها اه اتقاني (قوله في المتن بعد عتقها) ليس في خط الشارح وهو ثابت في المتن اه (١٧٦) (قوله الولاء لغة كلمة النسب) لا يباع ولا يورث ولا يوهب ذكروه محمد بن الحسن هكذا

بعد موت المولى فعتق فولاه للمولى فيكون له نصيبه الذكور لما ذكرنا أنه لا يملك بالارث وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وأعتقه الوصى بعد موته لا ينتقل فعل الوصى اليه وكذا يعتق مدبره وأمهات أولاده بعد موته ويكون ولاؤهم له قال رحمه الله (وشرط السائبة لغو) أي لو أعتق المولى عبده وشرط أن لا يرثه كان الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع في رثته كما في النسب إذا شرط أنه لا يرثه قال رحمه الله (ولو أعتق حاملا من زوجها القن لا ينتقل ولاء الحمل عن مولى الام أبدا) لان الجنين عتق بعتق أمه وعقت أمه مقصودا فكذا هو يعتق مقصودا لانه جزء الام والمولى أوقع الاعتاق على جميع أجزائها مقصودا فيكون للجنين والولاء لا ينتقل من المعتق لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وانما يعرف كون الحمل موجودا عند العتق بان تلمسه لاقبل من ستة أشهر من وقت العتق لتسقينما وقت العتق وكذا إذا ولدت ولدين أحدهما لاقبل من ستة أشهر والاخر لا كثر منه وبينهما أقل من ستة أشهر لا تيقنا أن الاول كان موجودا وقت العتق وتيقنا أنهم ما واما من جلت بهما جلة لعدم تحمل أقل مدة الحمل بينهما فاذا تناول الاول الاعتاق تناول الآخر الاعتاق أيضا ضرورة فصار معتقا لهما والولاء لا ينتقل من المعتق قال رحمه الله (فان ولدت بعد عتقها لا كثر من ستة أشهر فولاه للمولى الام) لان الولد جزءا في صفاتها الشرعية الا ترى أنه يتبعها في الحرية والرق فكذا في الولاء عند تعذر جعله تبعه للاب لرقه قال رحمه الله (فان عتق العبد) وهو الاب (جزء ولائه الى مواليه) لان مولى الام لم يعتق الولد هنا لحدوثه بعد اعتاقها وانما نسب اليه الولد تبعه للام تعذر نسبه الى الاب فاذا عتق الاب أمكن نسبه اليه فجعله تبعه أولى من جعله تبعه للام لان الولاء كالنسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لغة كلمة النسب والنسب الى الآباء فكذا الولاء فينتقل الى موالى الاب اذا زال المانع كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ثم اذا كذب نفسه ينتقل الى الاب لزال المانع هذا اذا لم تكن معتقة فان كانت معتقة فخافت بولدها كثر من ستة أشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى مولى الاب لانه كان موجودا عند عتق الام لثبوت نسبة الملقوق الى ما قبل العتق بل قبل الفراق ولهذا ثبت نسبه من الزوج فصافه الاعتاق ضرورة فلا ينتقل الى مولى الاب والاصل في جز الولاء ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت بعتقها فاذا أعتق أبوهام جز الولاء اه (قوله اذا كانت الحرة تحت مملوك) كتب قارئ الهداية في نسخة على الهامش بآراء قوله الحرة الامة وكتب فوقها ظاء وفيه اشارة الى أن الصواب أن يقال اذا كانت الامة تحت مملوك ولفظ عمر كما رواه محمد بن الحسن في الاصل الحرة كما نقلته في القولة التي قبل هذه نقلا عن الاتقاني رحمه الله ولعل من شأنهم أن يكون الصواب أن يقال الامة من قوله بعد عتق بعتقها فانه يوهم أن الام حدث فيها عتق لكننا نقول ليس المراد ذلك وانما المراد أن حرية الولد تابعة لحرية الام فاذا كانت على الحرية كان ولدها كذلك تبعها والله الموفق اه وكتب على قوله الحرة وفي خط الشارح اه (قوله وما روى أن الزبير أبصر) أي

بعتقها فانه يوهم أن الام حدث فيها عتق لكننا نقول ليس المراد ذلك وانما المراد أن حرية الولد تابعة لحرية الام فاذا كانت على الحرية كان ولدها كذلك تبعها والله الموفق اه وكتب على قوله الحرة وفي خط الشارح اه (قوله وما روى أن الزبير أبصر) أي

(١) بجنين اه اتقاني (قوله وأبوهام عبد لبعض الحرة) بضم الحاء المهملة وفتح الراء وبالضاد لفتح الباء بطن من جهينة اه من خط الشارح

(١) قوله بجنين هكذا في أصل المطبوعة والذي في الشارح بجنين وليصر اه

(قوله فيرجعون عليهم به) يعني أن قوم الام كانوا يجبورون على أداء العقل لامتبرعين لانهم أجبروا على الاداء لانهم كانوا عاقلة حينئذ
ظاهرا فاذا ثبت النسب من الاب بالا كذاب ثبت من زمان العلق فظهر أن قوم الام (١٧٧) فضوا دينا على غيرهم بحكم القاضي

فيرجعون بذلك على عاقلة

الاباه اتقاني فروع

ثم اعلم أن الجد هل يجر الولاء

أم لا قال الحاكيم الشهيد في

مختصره الكافي قال الشعبي

إذا اعتق الجد جبر الولاء وقال

أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد

لا يجر الجد الولاء ولا يكون

مسما باسلام الجد كذا في

الكافي بيانه أن معتقة لقوم

ترزحها عبد وحصل له منها

ولد فولاء الولد يكون لمولى

أمه بخلاف فاذا أعتق

الاب انجبر ولأوله الى موالى

أبيه فان لم يعتق الاب ولكنه

أعتق الجد لم يجر الولاء الى

مواليه وقال الامام سراج

الدين في شرحه لفرأضه

الموسوم بالسراجي قال

نرجح وسفيان ومالك وأهل

المدينة أن الجد يجر ولأوله

الابن من موالى أمه الى موالى

نفسه وبه قال الاوزاعي

وابن أبي ليلى وابن المبارك

وقال زفران كان الاب حيا

فالجد لا يجر الولاء وان كان

ميتا يجر الولاء وقال في

الاسرار ومخرج الاقطع قال

الشافعي الجد يجر الولاء لهم

أن الولاء لغة كلهم النسب

فيثبت من الجسد لانه أصل

في باب النسب ولنا أن الولاء

فرع النسب وتابع له فلا

ثبت النسب من الجد دون

نسبه من الاب وليهذا اذا

على الاداء فيرجعون عليهم به وفي الولاء حين عقل قوم الام كان ثابتا لهم وانما ثبت لقوم الاب مقتصر
على زمان الاعتاق لان سببه وهو العتق مقتصر عليه فلا يرجعون به قال رحمه الله (عجى تزوج معتقة
فولدت فولاء ولدها المولى وان كان له ولادة المولاة) أى وأن كان الاب ولادة المواقدة وهذا عند أبى حنيفة
ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله حكم الولد حكم أبيه في الوجهين أى فيما اذا والى أحدا أو لم يوال
ولا يكون ولاد المولى الى الام لانه كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام أشرف لكونه أقوى فكذا
الولاء وهذا لان الاب حر له عشيرة وموال فكيف ينسب الى أمه بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك
فينسب الى قوم أمه حتى يعتق للعتق فصار كمن لا أب له ~~وكم~~ اذا تزوج عجمي بعربية فولدت له ولدا
فانه ينسب الى قوم أبيه دون قوم أمه فكذا اذا كانت معتقة اذا لفرق بين كونها عربية أو معتقة وكهربي
تزوج معتقة فان ولده منها ينسب الى قومه دونها فكذا العجمي لانه كالعربي في حرية الاصل ولهم أن
ولاء العتاقة معتبر لقوته في نفسه حتى اعتبرت الكفاءة فيه وقال عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم
والنسب في حق العجم ضعيف لانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا الاعتبار الكفاءة فيه فيما بينهم اذ لا يفخرون
به أصلا وانما افتخارهم قبل الاسلام بعبادة الدنيا وبعده بالدين وإليه أشار سيدنا سلمان الفارسي
رضي الله عنه حين قيل له سلمان ابن من قال سلمان ابن الاسلام فاذا ثبت هذا الضعف في جانب الاب
كان وجوده كعدمه كالعبد وكذا ان كان الاب مولى مولاة لان ولاد المولاة ضعيف لا يظهر في مقابلة
ولاد العتاقة فصار وجوده كعدمه ~~وكذا~~ حريتهم ضعيفة ألا ترى انهم لا يحتمل الابطال بالاسترقاق
بخلاف العربي فان له نسبا معتبرا وحرية ثابتة فامتنع به نسبة الولد الى معتق الام وبخلاف ما اذا تزوج
العجمي عربية لان أولاده منها ونسبوا الى قوم أمهم بالنسب واليهم بالنسب بالنسبة الى الام
ضعيف غير معتبر ألا ترى أنهم لا ينسبون اليهم ولا عصوبة بينهم وأولاد المعتقة ينسبون الى قوم أمهم
وهم عصبتهم ثم القدوري رحمه الله وضع الخلاف في معتقة العرب ووضع هناك مطلقا للمعتقة وهو
الصواب وما ذكره القدوري اتفاقا لان ولاد العتاقة قوى معتبر شرعا فلا يختلف بين أن يكون المعتق من
العرب أو من غيرهم فيجب في الجميع نسبة أولاد المعتقة الى المعتق ما لم يكن أوشم عربيا على ما قالوا
وغرة الخلاف تظهر فما اذا مات هذا الزلد وترك عمة أو غيرها من ذوى الارحام ومعتق أمه أو عصبة معتقها
كان المال لمعتق أمه أو عصبته عندهما وعند أبى يوسف رحمه الله يكون لذوى الارحام لان حكمه حكم
أبيه فلا يكون عليه ولاد كما اذا كان الاب عربيا وأجبروا على أنهم ما لو كانوا معتقين أو كان الاب معتقا
والام مولى مولاة أو كان الاب عربيا والام معتقة كان الولد تبع للاب وكذا اذا كانا عربيين أو عجميين
أو كان أحدهما عجميا والآخر عربيا قال رحمه الله (والمعتق مقدم على ذوى الارحام مؤخر عن العصبة
النسبية) وكذا هو مقدم على الرد على ذوى السهام وهو آخر العصبات وهو قول على رضي الله عنه وبه أخذ
علماء الامصار وكان ابن ميسرة رضي الله عنه يقول انه مؤخر عن ذوى الارحام لانه مالى وأرلوا الارحام
بعضهم أولى ببعض في كتاب الله وقال عليه الصلاة والسلام للمعتق في معتقه وان مات ولم يدع وارثا كانت
أنت عصبة شرط لارثه أن لا يدع وارثا وذو الارحام من جهة الزوجة وكذا الرد على ذوى الفروض
يستحق بطريق الارث فوجب تأخيرهم عن الكل وكذا قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لغة كلهم
النسب يدل على ذلك لانه شبيه به وما ينسبه الشئ لا يراجه ولا يتقدم عليه بل يخلفه عند عدمه ولنا
ما روينا من حديث بنت حرة أنه عليه الصلاة والسلام جعل لها النصف الباقي بعد فرض بنت معتقها
حين مات عنها وعن بنت فهذا ما نصيب حقيقتها فعلم بذلك أن المراد بقوله عليه الصلاة والسلام

(٣٣ - زيلى خامس) ادعى الجد ونفى الاب لم يلتهت الى دعوته وبدعوة الاب يثبت النسب منه ومن الجد تبعا اه اتقاني

(قوله لا يظهر في مقابلة ولاد العتاقة) ألا ترى ان مولى العتاقة مقدم على ذوى الارحام ومولى المولاة مؤخر عن ذوى الارحام اه

(قوله ولان ثبوت صفة المالكية الخ) (١٧٨) هذا دليل على أن ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن بيانه

أن بالعتق تحصل القوة
والمالكية في العبد من جهة
معتقه فإذا كان المعتق هي
المرأة ينسب من أعتقه
المرأة ومن أعتقه من أعتقه
المرأة أيها بالولاء حيث يقال
معتق فلانة ومعتق معتق
فلانة فإذا ثبت نسبتهما إلى
المرأة بالولاء ورثتهما اه
اتقاني (قوله كان الولاء
للأبن) ولا شيء للأب عند
أي حنيفة ومحمد لأن الأبن
أقرب العصبات والولاء
بالعصوبة ولا يظهر عصوبة
الأب مع الأبن اه اتقاني
(قوله كان الولاء للجد) أي
عند أبي حنيفة لأنه لا يورث
الأخوة والأخوات مع الجدة
وعندهما بينهما نصين
لأن الجدة يتساوى الأخوة
كأحداهم اه اتقاني
﴿فرع﴾ قال في شرح
الطحاوي ولومات وترك خمسة
بنى ابن المعتق وابن ابن المعتق
من آخر فالمراث أسداسا
لأنهم يرون بالعصوبة
وعصوبتهم بالسوية اه
اتقاني
﴿قوله فصل في ولاء الموالاة﴾
قال الاتقاني أخذ كرولاء
الموالاة عن ذكر ولاء العتاقة
لأن ولاء العتاقة أقوى لثبوتها
بالإجماع وفي ولاء الموالاة
خلاف ولان ولقاء العتاقة
لا يقبل الفسخ وولاء الموالاة
يقبل اه قوله وولاء الموالاة
يقبله قال الكاكي فإن المولى
أن ينقل عنه قبل العقل اه

ولم يدع وارثا وارث هو عصبة ولفظة العصبة في قوله عليه الصلاة والسلام كنت أنت عصبة تدل عليه
لأن العصبة هو الذي يأخذ ما أبنته الفرائض وعند الانفراد يحوز جميع المال وولاء العتاقة تعصيب
وهو لا يرث مع العصبة النسبية فكان مؤخر افلا يرث علينا ما ذكر من الإرادة من حيث المراجعة للوارث
على أن النسب لم أن التشبيه بوجوب التأخير والتقديم بل يثبت المائلة بينهم ليس إلا فكان الأقرب أن
يشاركه في الإرث لأن المائلة توجبها ولا فليس بمثل له لكن أخرناه عن العصبة النسبية عملا بقوله تعالى
وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فجعلناه مثله عند عدمه في تقدم على من تقدم عليه العصبة وتأخر
عن تأخر عنه العصبة قال رحمه الله (فإن مات المولى ثم المعتق فإرثه لأقرب عصبة المولى وليس للنساء
من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتب أو كاتب من كاتب) لما روى أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال ليس للنساء من الولاء شيء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتب أو كاتب من كاتب أو دبرن أو
دبرن من دبرن أو جرولاء معتقهن أو معتق معتقهن ولان ثبوت صفة المالكية والقوة للعتق حصل
من جهتها فكانت محمية له فينسب المعتق بالولاء إليها وينسب إليها من ينسب إلى مولاهما الذي أعتقه
وينسب إليها من ينسب إلى معتق معتقها إلى ما لا يتناهى بخلاف النسب حيث لا ينسب إليها الأولاد
وانما تنسب إلى الأب لأنه المالك وصاحب الفراش والمرأة مملوكة نسكا حافلا تكون مالكة والنسب في
النكاح بالفراش والمالك وهي لا تساوى الرجل فيه وفي ولقاء العتاقة ليس لنا إلا النسبة بسبب اثبات القوة
الحكيمة للمعتق وهي تساوى الرجل فيه لما أنهما تساويان في ملك المال فينسب إليها كما ينسب إلى الرجل
ولهذا جعلت عصبة فيه كالرجل ثم أثبت هنا الولاء للنساء فيما أعتقن لما ذكرنا من المنقول والمعتق
ونفاه عنهن فمن أعتقه غيرهن حتى لا يرثن الولاء من أعتقه مورثهن لأن الولاء لا يجري فيه الإرث وانما
يثبت للعصبة بطريق الخلافة والخلافة انما تتحقق فيمن تتحقق منه النصرة والنصرة تتحقق من الذكور
دون الإناث ألا ترى أن النساء لا يدخلن في العاقلة لئلا يكون الدية كما يتحمل الرجال لعدم النصرة فمن
فإذا كان ثبوت بطريق الخلافة يقدم الأقرب فالأقرب من عصبة المعتق فيقوم مقامه كالإرث حتى لو
ترك أبا مولاه وابن مولاه كان الولاء للأبن ولو ترك أبا مولاه وأخا مولاه كان الولاء للأب لأنه أقرب في العصوبة
وفي الأول خلاف أبي يوسف رحمه الله فإنه يعطي للأب السادس والباقي للأبن وفي الثاني خلاف من يرى
يورث الأخوة مع الجدة والمسئلة مهر وفقة وكذا الولاء لابن المعتقة دون أخيها وعقل جنايتها على أخيها
لأنه من قوم أبيها وجنايته معتقة كجنايته فكأنه عليه السلام وروى أن علي بن أبي طالب والزبير بن العوام
رضي الله عنهم اختصما إلى عثمان رضي الله عنه في معتق صنبيه بنت عبد المطلب حين مات فقال علي
هو مولى عتي فأنا أحق بآرثه لأنني أعقل عنها وعنه وقال الزبير هو مولى أي فأنا أرثها فكذا إرث معتقها
فقضى عثمان رضي الله عنه بالولاء للزبير وبالعقل على علي رضي الله عنه ولو ترك المعتق ابن مولاه وابن
ابن مولاه كان الولاء للأبن دون ابن الابن لما روى عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر
وعلى وابن مسعود أنهم قالوا الولاء للكبرأى لا كبرأولاد المعتق والمراد أقربهم نسباً لا أكبرهم سناً
ولومات المعتق ولم يترك إلا ابنة المعتق فلا شيء لبنت المعتق في ظاهر رواية أصحابنا وبوضع ماله في بيت
المال وبعض مشايخنا كانوا يفتون بدفع المال إليها بطريق الإرث بل لأنها أقرب الناس إلى الميت
فكانت أولى من بيت المال ألا ترى أنها لو كانت ذكراً كانت تستحقه وليس في زماننا بيت مان ولو دفع
إلى السلطان أو إلى القاضي لا يصرفه إلى المستحق ظاهره على هذا ما فضل عن فرض أحد الزوجين
يرد عليه لأنه أقرب الناس إليه ولا يوضع في بيت المال وكذا الأبن والبنت من الرضاع يصرف إليهما إذا
لم يكن هناك أقرب منهما ذكر هذه المسائل في النهاية والذميون يتوارثون بالولاء كالمسلمين لأنه أحد
أسباب الإرث والله أعلم

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (أسلم رجل على يد رجل وولاه على أن يرثه ويعقل عنه أو على بدغيره وولاه

لاستحكام الالفه بيننا وهو قول معروف للعرب يقولون دمي دمك وهدمي هدمك وذلك عند المهادنة والنصرة اه (قوله أن يشترط الميراث والعقل) أي بأن يقول ترثني اذا مت وتعتقل عني اذا جئيت اه وكتب مانصه قال صاحب الهداية ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب أشار به الى ما ذكره القدوري في مختصره قبل هذا واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي قال ابراهيم النخعي اذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول الى غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد هذا اللفظ الحاكم بعينه وهذا يدل على أن شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بأن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد صحتها فافهم ويدل على ما قلنا قول القدوري أيضا في مختصره بقوله أو أسلم على يد غيره ووالاه بوضعه قول صاحب التحفة بقوله وتفسير عقد الموالاة أن من أسلم على يد رجل وقال له أنت مولاي ترثني اذا مت وتعتقل عني اذا جئيت وقال الآخر قبلت فينعتق بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك وقال الآخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذي أسلم على يديه الى هنا لفظ التحفة اه اتقاني (١٨٥) (قوله وأن لا يكون عليه ولا عتاقة) قال في التيسير ومن شرط صحة هذا العقد أي عقد الموالاة أن

لا يكون للاسفل نسب ولا يكون معتقولا لا يكون عربيا لان العرب لا يسترقون فلا يكون عليهم ولا عتاقة فكذا ولاء الموالاة وقال الامام الاسيحي في شرح الطحاوي ولا يرث الاسفل من الاعلى الا اذا شرط ميراث الاعلى لنفسه يعني في ولاء الموالاة اه اتقاني وكتب مانصه ولا يصح بين العربيين ولا بين العربي والعجمي ولا من المسلم للكافر ويصح من الكافر للكافر اه حيدر قوله ولا بين العربي والعجمي أي اذا كان العربي الاسفل اه (قوله ويشترط أن لا يكون الاسفل عربيا) قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي

القريب فخطر الاسلام التناصر على الباطل وأوجب التعاون على البر والتقوى وقدم القريب عليه بالارث ثم شرط صحة هذه الموالاة أن يشترط الميراث والعقل لان هذا العقد يقع على ذلك فلا بد من ذكره في العقد ولو شرط الارث من الجانبين كان كذلك لانه ممكن في توارثان بخلاف ولاء العتاقة حيث لا يرث الا الاعلى ومن شرطه أن يكون مجهول النسب وأن لا يكون عليه ولا عتاقة ولا ولاء موالاة قد عقل عنه وأن يكون حرًا عاقلا بالغًا وحكمه أن يشترط به الارث اذا مات وأن يعقل عنه اذا جنى ويدخل فيه أولاده الصغار ومن يولده بعدهم عقد الموالاة ولو عقد مع الصغير أو مع العبد لا يجوز الا باذن الاب والمولى وعند بعضهم لا يشترط أن يكون مجهول النسب ويشترط أن لا يكون الاسفل عربيا لان تناصر العرب بالقبائل فأغنى عن الموالاة وكونه أسلم على يده ليس بشرط لصحة هذا العقد قال رحمه الله (وله أن يتقل عنه الى غيره بمحض من الآخر ما لم يعقل عنه) لان العقد غير لازم كالوصية والوكالة فلكل واحد منهما أن ينقذ بنفسه بعلم صاحبه وان كان الآخر غائبا لا يملك فسخه وان كان غير لازم لان العقد تم بمهما كما في الشركة والمضاربة والوكالة ولا يهرى عن ضرر لانه رعايا موت الاسفل فيأخذ الأعلی ماله ميراثا فيكون مضمونا عليه أو يعتق الاسفل عبدا على حساب أن عقل عبده على المولى الاعلى فيجب عليه وحده فيتضرر بذلك فلا يصح الفسخ الا بمحض من الآخر بخلاف ما اذا عاقدا الاسفل الموالاة مع غيره بمحض من الأول حيث يصح وينفسخ العقد الاول لانه فسخ حكيم فلا يشترط فيه العلم كما في الوكالة والمضاربة والشركة وانما كان كذلك لان الولاء كالنسب اذا ثبت من شخص ينافي ثبوته من غيره فيفسخ ضرورة والمرأة في هذا كالرجل لانهم من أهل التصرف وقوله ما لم يعقل عنه لانه اذا عقل عنه ليس له أن يتحول الى غيره لما كده بتعلق حق الغيبة والحصول المقصود به ولا اتصال القضاء به ولان ولاية التحول قبل أن يعقل عنه باعتبار أنه عقد تبرع من حيث انه تبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته فاذا عقل عنه صار

ولو أسلم رجل من نصارى العرب على يد رجل من غير قبيلته ووالاه لم يكن مولاه ولكنه ينسب الى عشيرته وهم يعقلون عنه كالعوض ويرثونه وكذلك المرء الى هنا لفظ الكافي وذلك لان الولاء انما يثبت في حق العجمي الذي لا عشيرة له فأما من له عشيرة فانهم يقومون بمصالحه فلا حاجة الى الولاء اه اتقاني (قوله لصحة هذا العقد) أي في الصحيح اه حيدر (فرع) اعلم أن ولاء الموالاة يخالف ولاء العتاقة من ثلاثة وجوه أحدها أن في الموالاة توارثان من الجانبين اذا اتفقا على ذلك بخلاف ولاء العتاقة والثاني أن ولاء الموالاة لا يحتمل النقص بخلاف ولاء العتاقة والثالث أن ولاء الموالاة مؤخر عن ذوى الارحام ولاء العتاقة تقدم على ذوى الارحام اه (قوله بخلاف ما اذا عاقدا الاسفل الموالاة الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي رجس والى رجلا فله أن يتحول عنه ما لم يعقل عنه وله أن ينقضه بمحضه وكذا للرجل أن يترأ من ولائه أيضا ما لم يعقل عنه فاذا انتقض أحدهما الموالاة بغير محضر من صاحبه لم ينقض الا أن يوالى الاسفل آخر فيكون ذلك نقضا وان لم يحضر صاحبه الى هنا لفظ الكافي وقال في التحفة فاذا عقل عنه لا يقدر أن يتحول بالولاء الى غيره وصار العقد لازما الا ان اتفقا على النقص الى هنا لفظ التحفة وذلك لان الولاء بمنزلة الوصي عندنا يلحقه الفسخ لا نه حق وأوجب به بفعله متبرعا من غير عوض فكان له أن يتحول بالولاء الى غيره

قال في مناسبة الوضع إن
الولاية لما كان من آثار العتق
والعتق مما لا يؤثر فيه الاكراه
فاسب ذكر الاكراه عقيب
الولاية ولان في الاكراه تغير
حال المخاطب من الحرمة
الى الحل ألا ترى أن بالاكراه
يحل مباشرة ما كان حراما
قبله في عامة المواضع فكذلك
بالمواضع يتغير حال المولى
الا على عن حرمة تناول مال
المولى الأسفل الى الحل اه
اتقاني (قوله فيحدث في المحل
الحل) والمحل هو المكره بفتح
الراء اه (قوله ان لم يفعل)
وأن يكون المكره من المالك
أو من منوان يكون المكره
متعاضدا كره عليه ما لحقه
أو على آدمي آخر أو على
الشرع اه كفاية (قوله
فالمجبى هو الكامل) قال
الاتقاني ثم الاكراه وحمل
الانسان على ما يكرهه بحيث
يزول معه الرضا على نوعين
كما عرف في أصول الفقه
كامل ويسمى مجبى وهو
الذى يعدم الرضا ويقصد
الاختيار وقاسر ويسمى
غير مجبى وهو يعدم الرضا
ولكن لا يفسد الاختيار
والمجبى كالقصور فيقتل
النفس وقطع العضو والضرب
المبرح المورث الذي يخاف
منه التلف وغير المجبى
كالقصور في القيد والضرب
بالبسر اه (قوله
ثم اعلم أن الاكراه أى على
أى طريق وجد اه اتقاني
(قوله لا يتأذى أهلية المكره) أى لان بالذمة والعقل والبرغ اه اتقاني

كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده بعد ما يحمل الجنائية عن أبيه وكذا اذا قل عن ولده لم يكن لكل
واحد منهم ما أن يتحول الى غيره لانهم ما كشخص واحد في حكم الولاء قال رحمه الله (وليس للعتق أن
يوالى أحدا) لان ولء العتاقة لازم لا يحتمل النقص لان سببه لا يحتمل النقص بعد ثبوته وهو العتق فلا
ينفسخ ولا ينهدمه لانه لا يفيد لان الارث بولء العتاقة مقدم على الارث بولء المولاة ألا ترى أن شخصا
لومات وتولد مولى أعتقه ومولى مولاة كان المال للعتق قال رحمه الله (ولو والى امرأة فولدت تبعا لها
فيه) يعنى ولدت ولدا لا يعرف له أب وكذا لو أقرت أمه بولء فلان ومعهما صغير لا يعرف له أب صح اقرارها
على نفسها ويتبعها ولدها ويصيران مولى فلان وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يتبعها ولدها في
المصورتين لان الام لا ولاية لها في مالها فان لا يكون لها في نفسه أولى ولا في حنيفة رحمه الله أن الولاء
كالنسب وهو نفع محض في حق الصغير الذي لم يدله أب فتملك الام كقبول الهبة ولو أقر رجل أنه معتق
فلان فكذبته المقر له في الولاء أصلا أو قال لا بل واليتى فأقر المقر لغيره بالولاء لا يصح عند أبي حنيفة رحمه
الله وعندهما يصح لان اقراره بطل بتكذيب المقر له وصار كأن لم يوجد فكان له أن يتحول الى غيره وله
أنه أقر بما لا يحتمل النقص فلا يبطل برذالمقر له كمن شهد على رجل بنسب فرقت شهادته ثم ادعى الشاهد
أنه ولده لا يصح فكذا عند الله أعلم بالصواب

كتاب الاكراه

قال رحمه الله (هو فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضا) وقيل الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث
في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وهذا في الشرع وهو في اللغة حل المكره على امر
يكرهه يقال أكرهته على كذا أى حطه عليه وشركاه وشروطه أن يكون المكره قادرا على ايقاع
ما تهدده وأن يغلب على ظن المكره أن يوقع به ذلك ان لم يفعل وحكمه اذا حصل به اتلاف أن ينقل
الفعل الى المكره فيما يصلح أن يكون المكره آلة للمكره ويجعل كأنه فعل بنفسه على ما يجب في تفاصيله
والا كراه نوعان مجبى وغير مجبى فالمجبى هو الكامل وهو أن يكرهه بما يخاف على نفسه أو على تلف
عضو من أعضائه فانه يعدم الرضا ويوجب الإلجاء وفسد الاختيار وغير المجبى قاسر وهو أن يكرهه
بما لا يخاف على نفسه ولا على تلف عضو من أعضائه كالاكراه بالضرب الشديد والقيد أو الحبس فانه
يعدم الرضا ولا يوجب الإلجاء ولا يفسد الاختيار وهذا النوع من الاكراه لا يؤثر الا في تصرف يحتاج
فيه الى الرضا كالبيع والاجارة والاقرار ألا ترى أن الهزل يؤثر فيه لعدم الرضا حتى لا ينفذ معه فكذا
مع هذا الاكراه لانه يعدم به الرضا والا قول يؤثر في الكل فيضاف فعلا الى المكره فيصير كأنه فعله والمكره آلة
له فيما يصلح أن يكون آلة كاتلاف النفس والمال وان لم يصلح أن يكون آلة اقتصر الفعل على المكره
فيكون كأنه فعله باختياره من غير اكراه أحده وذلك مثل الاقرار والا كل لان الانسان لا يتكلم بلسان
غيره ولا بأكل بضم غيره فلا يكون متضافا الى غير المتكلم والآكل اذا كان فيه اتلاف فيضاف اليه
من حيث الاتلاف أصلا حيث أنه له فيه حتى اذا أكرهه على العتق يقع كأنه أوقعه باختياره حتى يكون
الولاية له ويضاف الى المكره من حيث الاتلاف فيرجع عليه بشتمه وذناؤه كرهه على الطلاق يقع
و يرجع عليه ان كان فيه اتلاف بأن كان قبل التحول ولو أكره المرأة على قبول الطلاق بالمال
فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال لعدم الرضا لان الرضا في حق المال شرط دون الطلاق ثم اعلم أن
الاكراه لا يتأذى أهلية المكره ولا يوجب وضع الخطاب عنه محال لان المكره مبتلى والاتلاف يتحقق
بالخطاب والدليل عليه أن أفعاله مترددة بين فرض وحظر وإباحة وخصه وبأنه نارة يؤثر أخرى
كسائر أفعال المكلفين في حالة الاختيار يحرم عليه قتل النفس وقطع طرف الغير والزنا ويقتصر عليه
أن يمنع من ذلك ويثاب عليه ان امتنع وبإباحة لا كراه أكل الميتة وشرب الخمر ويرخص له به اجراء

(قوله لفساد الزمان) فلو كان أبو حنيفة في زمنهم مالا فثق بقولهما اه اتقاني (قوله في المتن أو اقرار) قال محمد في الأصل وان قالوا له لنقتلك أولتقرن لهذا الرجل بألف درهم فأقرله بخمسمائة درهم فالأقرار باطل وذلك لأنه اقرار مكره لأنه أقر به بعض ما كره عليه لان الاكراه على الألف اكره على كل جزء من أجزائها وقال في الأصل أيضا وان أكرهوه على أن يقرله بألف درهم فأقرله بألف درهم لزمه ألف درهم وبطلت عنه ألف وذلك لأنه في الألف مكره وفي الألف الأخرى طائع فيصح اقرار الطائع لا المكره قال بعض مشايخنا ما ذكره محمد قوله ما كما إذا شهد شاهدان أحدهما بألف والآخر بالفين فإنه تقبل الشهادة على ألف عندهما خلافا لأبي حنيفة فأما على قول أبي حنيفة يصح اقراره بألف درهم لأنه لم يقر (١٨٣) بما كره عليه وإنما أقر بشئ آخر إلا أن يكون الاكراه بألف من كيس فأقر بالفين في ذلك الكيس كذا ذكر

كلمة الكفر في تلك الحالة واتلاف مال الغير وفساد الصوم والجنابة على الاحرام وهذا دليل على أنه مخاطب قال رحمه الله (وشرطه قدرة المكره على تحقيق ما هتد به سلطانا كان أولها وخوف المكره وقوع ما هتد به) لان الاكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وذلك لا يتحقق الا من القادر عند خوف المكره تحقيق ذلك لانه بالتدبير من القادر والخوف منه على نفسه يصير له لأطعمه ما يريدونهم ما لا يصير له لأطعمه فلا يثبت به حكمه وما روى عن أبي حنيفة رحمه الله من أن الاكراه لا يتحقق الا من السلطان فذلك محمول على ما شاهد في زمانه من أن القدرة والمنع لم تكن في ذلك العصر الا للسلطان فأجاب على ما شاهد في زمانه ما كان لكل مفسد متلصص قدرة على ذلك لفساد الزمان فاقسم على ما شاهد به يفتي اذ ليس فيه اختلاف يظهر في حق الحجة قال رحمه الله (فلو أكره على بيع أو شراء أو اقرار أو اجارة بقتل أو ضرب شديد أو حبس مديد خبيرين أن يعصى البيع أو يفسخ) لان الاكراه الملبى وغير الملبى يعدمان الرضا والرضا شرط لصحة هذه العقود قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراخي منكم ففسد عند فروات الرضا بخلاف ما إذا أكره بحبس يوم أو قيد يوم أو ضرب سوط لانه لا يبالى بعمله عادة فلا يعدم الرضا وهو شرط لثبوت حكم الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يتضرر بذلك فيكون مكرها بعمله لان ضرره أشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضا وكذا الاقرار جعل حجة حالة الاختيار لترجح جانب الصدق على جانب الكذب وعند الاكراه يترجح جانب الكذب على جانب الصدق لدفع الضرر عن نفسه وقد مر ما يكون من الحبس اكرها ما يجبي به الاعتماد البين ومن الضرب ما يجبد منه الام الشديد وليس في ذلك حد لا يزد عليه ولا ينقص منه لان نصب المقادير بالرأى تمتنع بل يكون ذلك مفقوضا الى رأى الامام لانه يختلف باختلاف أهوال الناس فمنهم من لا يتضرر الا بضرب شديد وحبس مديد ومنهم من يتضرر بأدنى شيء كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضربة سوط أو بغيره لانه لا سيما في ملا من الناس أو بحضرة السلطان فيثبت في حقه الاكراه بعمله لان فيه هوانا وذللا أعظم من الام والاكراه بحبس الوالدين أو الاولاد لا يعد اكرها لانه ليس بملجئ ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه قال رحمه الله (ويثبت به الملاك عند القبض للفساد) أي يثبت بالبيع أو بالشراء مكرها للملك المشتري لكونه فاسدا كسائر الباعثات الفاسدة وقال زفر رحمه الله لا يثبت به الملاك لانه بيع موقوف وليس بفاسد الا ترى أنه لو أجاز بعد زوال الاكراه جاز ولو كان فاسدا لما جاز لان الفاسد لا يجوز بالا جاز ولا يرتفع الفساد به والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك بالقبض كالموابع بشرط الخيار وسلمه الى المشتري فإنه لا يملك بالقبض ولنا أن ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من أهله مضافا الى محله والفساد لعدم شرطه

في ذلك الكيس كذا ذكر
نحوه زاده في مبسوطه
وقيل بل هذا الجواب قولهم
جيد لان محمد لم يذكر فيه
الخلاص وجه الفرق على
هذا بين هذه المسئلة وبين
مسئلة الشهادة لأبي حنيفة
أن المعتبر عند أبي حنيفة
في الشهادة اتفاق الشهود في
اللفظ الذي لا يوجب اختلاف
المعنى والألف غير الافين في
اللفظ وليس كذلك الاكراه
لان المعتبر فيه الموافقة في
المعنى دون اللفظ لان غرض
المكره أن يتخلص ويفعل
على ارادة المكره وقد اتفقا
في الألف في المعنى وان اختلفا
في اللفظ وقال محمد في الأصل
وان أقر عبادة دينار فإنه يكون
جائزا لانه اقرار طائع فإنه لم
يأت بما كره عليه ولا بعض
منه بل أتى بجنس آخر لان
الدرهم والدنانير جنسان
مختلفان حقيقة اه اتقاني
(قوله في المتن ويثبت به
الملاك الخ) اذا باع مكرها وسلم

مكرها يثبت به الملك عندنا اه (قوله وقال زفر لا يثبت به الملك) قال الاتقاني قال علاء الدين العالم في طريقة وهو
الخلاص وأجمعوا على أنه لو سلم طائعا أو أجاز طائعا يثبت الملك وقال شيخ الاسلام المعروف بنحوه زاده في مبسوطه وهبة المكره بعد
القبض تفيد الملك عندنا بالضمن وعند زفر لا تفيد الملك وعلى هذا الخلاف اذا أكره على البيع والتسليم فباع وسلم ملكه المشتري عندنا
ملك فاسدا وقال زفر لا يملكه الا أن يجيزه المكره بعد ذلك اه (قوله صدر من أهله) أي وهو العاقل البالغ اه (قوله مضافا الى محله) أي وهو
المال المتقوم اه قال الاتقاني الا أن الرضا شرط زائد ولا يخل بالركن انعدام شرط التصرف ولا يعدم الحكم أيضا ولكن يثبت
وصف الفساد وكان الفساد ثابتا ما بقي حتى العبد فاذا رضى به ارتفع الفساد اه (فرع) فان قيل لو كان بيع المكره كالبيع الفاسد
لم يعد جائزا أبدا بالا جازة كالموابع درهمين أو بالف ورطل من خمر ولو كان جائزا لا عادت به جائزا وقت معلوم كافي البيع

مشايخنا في هذا الزمان فجعلوه بيعا جازا مفيدا لبعض أحكامه وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع
 لحاجة الناس اليه ولتعاملمهم فيه والقواعد قد نزلت بالتعامل وجوز الاستمتاع لذلك وقال صاحب
 النهاية وعليه الفتوى ومن المشايخ من جعله باطلا اعتبره بالهزل وقال في الكافي والصحيح أن العقد
 الذي جرى بينهما أن كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر أن ذكر شرط الفسخ في البيع فساد البيع وإن
 لم يذكر ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظا بالبيع الجائر وعندهما هذا البيع عبارة
 عن بيع غير لازم فكذلك وإن ذكر البيع من غير شرط ثم ذكر الشرط على الوجه المعتاد جازا البيع
 ويلزمه الوفاء بالمعاد لأن المواعيد قد تكون لازمة قال عليه الصلاة والسلام العدة دين فيجعل هذا
 المعاد لازما لحاجة الناس اليه وقال جلال الدين في حواشي الهداية صورته أن يقول البائع للمشتري
 بعث منك هذا الدين بألف على أني لو دفعت إليك ثمنك تدفع العين الي ثم قال ويسمى هذا بيع الوفاء
 ويمكن أن يكون هذا الآخر على الاختلاف الذي مضى ذكره وتفسيره به دليل على أنه مثل الأول
 وهذا البيع موجود في المصرفة تعامل به وهم يسمونه بيع الأمانة قال رحمه الله (وقبض الثمن طوعا وإجازة
 كالسليم طائعا) أي لو أكرهه على البيع وقبض الثمن طوعا كان إجازة كما إذا سلم المبيع طائعا لان القبض
 أو التسليم طائعا دليل الرضا وهو الشرط بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة دون التسليم وسلم حيث لا يكون
 إجازة وإن سلم طوعا لأن مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا صورة العقد والاستحقاق في البيع يتعلق
 بنفس البيع فلم يكن إلا كراهه به ~~كراهه~~ كراهه بالتسليم فيكون التسليم أو القبض عن اختيار دليل الإجازة
 وفي الهبة يقع الاستحقاق بالقبض لا بمجرد الهبة فيكون الإكراه عايبا كراهه بالتسليم نظرا إلى مقصود
 المكره وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق وإزالة الملك ليتضرر به المكره ويعتبر ذلك في أصل الوضع
 لأن البيع وضع لإفادة الملك في الأصل وإن كان في الإكراه لا يفيد له سكونه فاسدا والهبة لا تفيد الملك
 قبل القبض بأصل الوضع ونفيدة به سوا كانت صحيحة أو فاسدة فينصرف الإكراه في كل واحد
 منهما إلى ما يستحق به منه في أصل وضعه وإن قبضه مكرها فليس ذلك بإجازة وعليه رد الثمن إن كان قائما
 في يده لفساد العقد بالإكراه وإن كان هالكالا يأخذ منه شيئا لأن الثمن كان أمانة في يده المكره لأنه أخذه
 باذن المشتري لأعلى سبيل التملك فلا يجب عليه الضمان قال رحمه الله (وإن هلك المبيع في يد المشتري
 وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لأنه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة قال
 رحمه الله (وللمكره أن يضمن المكره) لأنه آله فيما يرجع إلى الاتلاف وإن لم يكن آله في حق التكلم
 لعدم الصلاحية لأن التكلم بلسان الغير لا يمكن فصارت كانه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء
 كالغاصب وغاصب الغاصب لأن المكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب فإن ضمن المكره يرجع
 المكره على المشتري بالقيمة لأنه بدأ الضمان ماله فقام مقام المالك المكره فيكون ماله من وقت
 وجود السبب بالاستناد ولو ضمن المشتري ثبت ملك المشتري فيه ولا يرجع على المكره كالأمر رجوع
 غاصب الغاصب على الغاصب إذا ضمن ولأنه ملكه بالشراء والقبض لأنه اشتراه وهو مبيع حقيقة من كل
 وجه غير أنه توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الفسخ فإذا ضمنه قيمته نفذ ملكه فيه كسائر البياعات
 الفاسدة ولو كان المشتري باعه من آخر وباع الآخر من آخر حتى تداولته البياعات نفذ الكل بتضمن
 الأول وله أن يضمن من شاء من المشتريين فأبهم ضمنه ملكه وجازت البياعات التي بعده وبطل ما قبله
 بخلاف ما إذا أجاز المكره أحد هذه البياعات حيث يجوز الكل ما قبله وما بعده ويأخذ هو الثمن من
 المشتري الأول لأن البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالإجازة فجاز الكل
 كالأمر أو الأجر إذا باع الرهن أو العين المستأجرة فإنه يتوقف لأجل حق المرتهن والمستأجر فإذا أجاز
 نفذ البيع من جهة المباشر والجزير يكون مسقطا حقه لأن يكون مملكا بإجازته وأما إذا ضمنه فإنه لم يسقط

(قوله وهو البيع) أي والهبة
 من آخر وهو المعتاد عندهم
 لحاجة الناس إلى ذلك لأنهم
 في عرفهم لا يفهمون لزوم
 البيع بهذا الوجه بل
 يجوزونه إلى أن يرد البائع
 الثمن إلى المشتري وينبغي
 المشتري رد المبيع إلى البائع
 أيضا ولا يمنع عن الرد لهذا
 سموه بيع الوفاء لأنه وفيها
 عهد من رد المبيع والأصح
 عندي أنه بيع فاسد يوجب
 الملك بعد القبض وحكمه
 حكم سائر البياعات الفاسدة
 لأنه بيع بشرط لا يقتضيه
 العقد وقد نهى النبي صلى
 الله عليه وسلم عن بيع
 وشرط اه اتقاني (قوله
 وهذا البيع موجود في مصر)
 الذي بخط الشارح المصراه
 (قوله لأعلى سبيل التملك)
 أي لأنه كان مكرها على قبضه
 فكان أمانة اه

(قوله فلا يفيد المالك الخ) وأما إذا أجاز المصوب منه بيعه من تلك البيوع فإنه ينفذ ما أجازته خاصة لأن النصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع يوقف على إجازته لمصادقته ملكه فيكون إجازته أحد البيوع تملكها المالكين من المشتري بحكم ذلك البيع ولا ينفذ ما سواه اهـ نهاية (قوله في المتن وعلى كل لحم خنزير الخ) قال في الأصل لو أن قومًا من المصوبين من المسلمين غير المتأولين أو من المصوبين أهل الذمة اجتمعوا فغلبوا على مصر من أمصار المسلمين وأمروا عليهم أميراً فأخذوا رجلاً وقالوا له لنتقتلك أو لنشرب من هذه الخمر أو لنأكل من هذه الميتة أو لنأكل لحم هذا الخنزير كان في سعة من تناول به يفترض عليه تناول إذا كان في غالب رأيه أنه متى لم يتناول ذلك قتل وذلك لقوله تعالى في سورة البقرة انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم وقال في سورة المائدة حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمخنقة والموقوذة والمتريدة والمنطحة وما أكل السبع الا ما ذكيت وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام الى أن (١٨٥) قال فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لأثم فإن الله

غفور رحيم وقال في سورة الأنعام وما لكم أن لا تأكلوا مما ذكركم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه وقال في الانعام قل لا أجد فيما أوحى اليّ محرماً على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً ولحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم وقال في سورة النحل انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم وجه الاستدلال أن الله تعالى استثنى حالة الضرورة والمستثنى يكون حكماً أبداً على خلاف حكم المستثنى منه لا محالة فيجوز للمستثنى ولم يفصل بين أن تكون

حقة لان أخذ القيمة كاسترداد العين فتبطل البياعات التي قبله ولا يكون أخذ الثمن استرداداً للبيع بل إجازة فافترقا وبخلاف ما إذا أجاز المالك أحد بيوع من بابه الفضولي حيث لا يجوز الا الذي أجاز المالك ولا يجوز ما قبله ولا ما بعده لان كل واحد منهم باع ملك غيره فلا يفيد المالك للمشتري منه فعند الإجازة يملك من أحيز شرأوه وتبطل البقية لو روي ملك بات على ملك موقوف قال رحمه الله (وعلى كل لحم خنزير وميتة ودم وشرب خمر وضرب أو قيد لم يحل وحل بقتل وقطع) أي لو أكرمه على هذه الأشياء بما لا يخاف على نفسه أو على عضوه كالضرب لا يسهه أن يقدم عليه وبما يخاف يسهه ذلك لان حرمة هذه الأشياء متقدمة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة مبقاة على أصل الحل بقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه فإنه استثنى حالة الضرورة والاضطرار والاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى لانه تسكلم بالماضيل بهذا الثبوت فظهر أن التحريم مخصوص بحالة الاختيار وفي حالة الاضطرار مباح والاضطرار يحصل بالاكره الملبى وهو أن يخاف على نفسه أو على عضوه من أعضائه كما في حالة المخمصة ولا يحصل ذلك بضرب السوط ولا بالحبس حتى لو خاف ذلك منه وغلب على ظنه يباح له ذلك وقدره بعضهم بأدنى الحد وهو أربعون سوطاً فان هتده به وسعه وان هتده بأقل من ذلك لا يسهه لان مادون ذلك مشروع بطريق التعزير وهو يقام على وجه يكون زاجراً لا متلفاً بخلاف الحد فان فيه ما يكون متلفاً قلنا لا وجه للتقدير بالرأى وأحوال الناس مختلفة فمنهم من يحتمل الضرب الشديد ومنهم من يموت بالأدنى منه فلا طريق سوى الرجوع إلى رأى المبطل به فان غلب على ظنه أن تلف النفس أو العضو يحصل بذلك وسعه والا فلا قال رحمه الله (وأثم بصبره) أي اذا امتنع من الأكل وصبر حتى أتلغ أثم لانها في هذه الحالة مباحة على ما قلنا واهل النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام فيما أثم الا أنه اذا لم يعلم إلا باحة في هذه الحالة لا يأتى لأنه موضع الخفاء وقد دخله اختلاف العلماء وقصد في زعمه الاحتراز عن المعصية فكان معذوراً فلا يأتى كالجهل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب في حق من أسلم فيها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يأتى مطلقاً لأنه رخصة اذا لم تكن قائمة فيكون أخذها بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص على ما بينا فلا يكون حراماً في تلك الحالة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية وهذا لما عرف أن الرخصة استباحة المحظور مع قيام الدليل المحرم والحرمه أي يعامل معاملة المباح لأن يكون

(٣٤ - زيلبي خامس) الضرورة بسبب المخمصة أو الاكره فتناول النص باطلاقه النوعين جميعاً اهـ اتقاني

(فرع) ثم جنس هذه المسائل على ثلاثة أوجه في وجه العزيمة فيه الاقدام على ما أكرمه عليه ولو امتنع حتى قتل يأتى وهي شرب الخمر وتناول الميتة وما يجرى مجراه وفي وجه يرخص الاقدام عليه مع أن العزيمة هو الامتناع وهو اجراء كلمة الكفر وسب النبي عليه الصلاة والسلام وما هو كفر واستخفاف بالدين حتى لو أقدم عليه وهو مكره لا يؤاخذ به ولو صبر حتى قتل يكون مأجوراً وفي وجه العزيمة هو الامتناع عنه ولا يرخص في الاقدام عليه بحال وعلى قتل نفس معصوم محترم أو قطع عضو منه والزنا لا يحل له أن يقدم عليه بحال اهـ اتقاني (قوله وصبر حتى أتلغ أثم) الا اذا كان الرجل جاهلاً بالاباحة حالة الضرورة فلم يتناول حتى قتل قال محمد رجوت أن يكون في سعة لان في انكشاف الحرمة عند الضرورة خفاء فغذر بالجهل حيث قصد الضرر من مباشرة الحرام اهـ اتقاني رحمه الله تعالى

مباح حقيقة ولهذا قيل ان الجنابة في الرخصة موجودة وانما انتفت العقوبة فقط كالغفر بفساد الجنابة فانه لا يعدم الجنابة وانما يسقط المؤاخذه فقط وعلى هذا الخلاف لو صبر في حالة الرخصة قال رحمه الله (وعلى الكفر واتلاف مال مسلم يقتل وقطع لا يغيره ما يرخص) أي لو أكره على كلمة الكفر أو اتلاف مال إنسان بشئ يخاف على نفسه أو على أعضائه كالقتل وقطع الأطراف يرخص له إجراء كلمة الكفر على إسناده وقابله مطمئن بالإيمان لقوله تعالى الأمن أكرهه وقلبه مطمئن بالإيمان ولحديث عمار ابن ياسر حين ابتلى به أنه صلى الله عليه وسلم قال له كيف وجدت قلبك قال مطمئن بالإيمان قال فان عادوا فعد أي فعد إلى الطمأنينة وفيه نزلة الآية ولأنهم بهذا الاظهار لا نفوت حقيقة الإيمان لأن التلطف به في هذه الحالة لا يدل على تبذل الاعتقاد لقيام التصديق به حقيقة فلا يكون مفقودا حتى الله تعالى في المعنى فيرخص له إحياء لنفسه أو طرفه لأن حرمة العضو كحرمة النفس ألا ترى أن المضطر لا يرخص له قتل النفس لئلا كل منعه ولا قطع عضوه وكذلك كل ما ثبتت حرمة يرخص له عند الإكراه التكامل وهو المجهي وذلك مثل اتلاف مال الغير وفساد الصوم والصلاة والجنابة على الإكراه لأن حرمة الكفر لا تحتل السقوط فلا تتصور الإباحة فيه أصلا وغيره وإن احتمل عقلا لكن لم يوجد سمعا فالنحو بما لا يحتمل السقوط فيثبت بالإكراه المجهي رخصة لا إباحة مطلقة ولا تثبت بغير المجهي كالضرب والحبس لأنه ليس بمجهي ولهذا لا يكون إكراهه في شرب الخمر فكيف يكون إكراهه في الكفر وهو أعظم قال رحمه الله (ويشأ بالصبر) أي يكون مأجورا أن صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل لأن خبيثا صبر على ذلك حتى صاب وسماء النبي صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيق في الجنة ولأن الحرمة قائمة والامتناع عزية فاذا بذل نفسه لأعزاز الدين ولا إقامة حتى الله تعالى أو حتى غيره من العباد كان شهيدا ألا ترى أنه لو قاتل دون مال غيره فقتل كان شهيدا ولا يقال الكفر مستثنى في حالة الإكراه بقوله تعالى الأمن أكرهه وقلبه مطمئن بالإيمان كما استثنى الميتة في حالة الاضطرار فكيف يكون حراما في تلك الحالة لانا نقول الاستثناء هنا راجع إلى العذاب لأنه المذكور قبله فينتفي العذاب دون الحرمة بخلاف الخمر وأخواتها فإن المذكور هنا نفسه الحرمة فتنتفي في تلك الحالة وهذا لا تنفي فبقى على حالها ولكن لو ترخص جازما أن حق الله تعالى لا يفوت به ولا حق العبد لقيام التصديق بالقلب ووجوب الضمان على المكره قال رحمه الله (ولمالك أن يضمن المكره) لأنه هو المتلف لما له والمكره آلهة فيما يصلح آلهة قال رحمه الله (وعلى قتل غيره بقتل لا يرخص) أي لو أكره على قتل غيره بالقتل لا يرخص له القتل لأحياء نفسه لأن دليل الرخصة خوف التلاف والمكره والمكره عليه في ذلك سواء فسقط المكره قال رحمه الله (وان قتله أثم) لأن الحرمة باقية لما ذكرنا فإثم بمباشرة ولأن الأثم يكون بدنه والمكره لا يصلح أن يكون آلهة في حقه فيقتصر عليه وكذلك لو أكره على الزنا لا يرخص له لأن فيه قتل النفس بالضياع لأنه ينجي عن نفسه ولديس له أب يريه ولأن فيه افساد الفرائض بخلاف جانب المرأة حيث يرخص لها بالإكراه المجهي لأن نسب الولد لا ينقطع عنها فلم يكن في معنى القتل من جانبها بخلاف الرجل ولهذا أوجب الإكراه الشاهد ردة الحد في حقها دون الرجل قال رحمه الله (ويقتص من المكره فقط) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رجة ما الله وقال زفر رحمه الله يجب القصاص على المكره دون المكره لأن القصاص يجب على القاتل والقاتل هو المكره حقيقة لأنه هو المباشرو كذا حكى عنه وهذا لأن القتل فعل حسبي وقد تحقق من المكره والأصل في الأفعال أن يؤخذ بها فاعلمها إذا سقط حكم فعله شرعا وأضيف إلى غيره كافي الإكراه على اتلاف مال الغير فإنه سقط حكمه وهو الأثم عن الفاعل وأضيف إلى غيره وهنا لم يسقط حكم فعله بل قتر حكم فعله بدليل أنه بأثم إثم القتل وإثم القتل يكون على القاتل وقال الشافعي رحمه الله يجب القصاص عليهما أسا المكره فلما قاله زفر وأما المكره فلحصول التسميت منه إلى القتل حيث أحدث فيه معنى حاملا على القتل والسبب التسميت ينزل منزلة المباشرة في حق وجوب

(قوله لان خبيثا) خبيث
ابن عدي بن مالك بن عامر
الانصاري الاوصي شهيدا
(قوله في المتن ولمالك أن
يضمن المكره) بكسر الراء اه
(قوله والمكره والمكره عليه)
بفتح الراء فيهما اه (قوله
ولان الأثم يكون بدنه) أي
بالجنابة على دينه اه

القصاص عنده ولهذا حكمه وجوب القصاص على شهود القصاص اذ ارجعوا وهذا لان القصاص
 شرع لمصلحة الزجر والردع والقتل بالاكرام من المتغلبة غالب فلم يجب القصاص لادى الى الفساد
 فيوجب على الكل حسب المادته وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجب القصاص على واحد منهم ما لان
 القتل بقى مقصودا على المكره من وجه حتى أثم ثم القتل وأضيف الى المكره من وجه من حيث انه حمل
 المكره عليه فصار مدفوعا الى القتل بموجب طبعه ولان المكره قاتل حقيقة لا حكما والمكره بالعكس
 فتمكنت فيه الشبهة من الجانبين فلا يجب فيه القصاص ولهما أنه محمول على القتل بطبعه اشارة الى ان
 فيصير آله لا مكره فيما يصلح أن يكون آله وهو الاتلاف دون الاثم وهذا لان الآله هي التي تعمل بطبعها
 كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله كالنار فان طبعها الاحراق وكالماء فان طبعه
 الاغراق وباستعمال الآله يجب القصاص على المستعمل فكذا هنا والدليل على أن الأمر هو المستعمل له
 والمأمور جار على موجب طبعه أن ضمان المال المتلف يجب على الأمر ولو لا أنه هو المتلف بالاستعمال لما
 وجب عليه فعلم بهذا أن الاتلاف منسوب الى الأمور والمأمور آله اذ لا وجه لنسبته اليه الا بهذا الطريق
 فكان الأمر مباشر للاتلاف لا متسبب له لانه لو كان متسببا لما وجب عليه الضمان وانما كان يجب
 على الأمور لان المباشرة والتسبب اذا اجتمعا على الاتلاف كان الضمان على المباشر دون المتسبب وهذا
 لانه يمكن أن يجعل آله في اتلاف المال بالاجماع بأن يأخذه ويلقيه في مال انسان فكذا في النفس
 في حق الاتلاف يصلح أن يكون آله به هذا الطريق بخلاف الاثم فانه لا يصلح أن يكون آله في حقه لان
 الاثم بالجناية على دينه ولا يقدر أحد أن يجنى على دين غيره فبقى الفعل مقصودا في حقه كما قلنا في الاكرام
 على الاعتناق فانه ينتقل الفعل الى الأمر في الاتلاف ويقتصر على الأمور من حيث التلفظ ولا يجعل
 آله فيه لانه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره فاقصر على الأمور حتى عتق العبد وكان الولاء له ولو
 نقل الى الأمر لاعتق لانه لا يعتق بدون المالك ولا كان الولاء له لان الولاء للعتق وكذا قلنا في الاكرام على
 الطلاق حتى يكون مقتصر عليه في حق التناظر دون الاتلاف فيرجع عليه بنصف المهر ان كان قبل
 الدخول وكذا لو أكرمه مسلم مجوسيا على ذبح شاة فانه ينتقل الفعل الى المسلم الأمر في حق الاتلاف
 فيجب عليه الضمان ولا ينتقل في حق الحل لانه لا يصلح أن يكون آله في حقه لان الحل في الذبح في الدين
 وبالعكس يحل قال رحمه الله (وعلى عتاق وطلاق ففعل وقع) أي لو أكرمه على عتاق أو طلاق فاعتق
 أو طلق وقع العتق والطلاق لان الاكرام لا ينافي الاهلية على ما بيناه وعدم صحة بعض الاحكام
 كالبيع والاجارة والافار يراد معنى راجع الى التصرف وهو كونه يشترط فيه الرضا ومع الاكرام لا يوجد
 الرضا وأما العتق والطلاق فلا يشترط فيه الرضا فيقع ألا ترى أن العتق والطلاق يقعان مع الهزل
 لعدم اشتراط الرضا فيهما بخلاف البيع وأخوانه قال رحمه الله (ورجع بقيمة ونصف المهر ان
 لم يطأها) يعني على المكره لان الاتلاف منسوب اليه والمكره آله له فيرجع بقيمة العبد عليه موسرا كان
 أو معسرا لان ضمان الاتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار اذ ضمان العدو ان لا يختلف بهما بخلاف
 ضمان الاعتناق لانه ضمان افساد يتصرف في ملكه من غير تعدل ولا رعاية على العبد لان السعاية انما
 تجب عليه للخروج الى الحرية فكافي معتق البعض أو تعلق حق الغير به كعتق الراهن المرهون وهو
 معسر أو عتق المريض عبده وعليه ديون أو لم يخرج من الثلث ولم يوجد شيء من ذلك هنا ولا يرجع
 المكره على العبد عما نهي لان الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره وكذا يرجع بنصف المهر
 ان كان قبل الدخول وكان المهر مسمى في العقد وان لم يكن مسمى فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة
 لان ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهته بامتناعه كالارتداد وتقبيل ابن الزوج
 وقدنا كذا في الطلاق فكان تقرير المال من هذا الوجه فيضاف تقريره الى المكره والتقارير كالايجاب

(قوله لا يجب القصاص على
 واحد منهما) أي بل يجب
 الدية على المكره الأمر اه
 (قوله فان طبعه الاغراق)
 أي في الجري على موجب
 الطبع مشابهة بالآله ولو
 استعمل القاتل آله التي
 هي السيف في شخص ظلم
 فقتله يجب القصاص على
 القاتل فكذا هنا اه (قوله
 وبالعكس) أي لو أكرمه مجوسيا
 مسلما على الذبح اه (قوله
 فيرجع بقيمة العبد عليه
 الخ) والولاء للمكره دون المكره
 كما قدمه الشارح أول هذا
 الكتاب

(قوله ولو أكرهه على النذر صرح ولزم) (١٨٨) قال في الهداية والنذور لا يعمل فيه الا كراه قال الاتقاني قال فمحمد بن الحسن في الاصل

فكان متافاهه فيرجع عليه بخلاف ما اذا دخل به الان المهر تقررهنا بالدخول لا بالطلاق ولو قال المكره
في مسئلة العتق خطر بيالي الاخبار بالحرية فيما مضى كذا ما وقد اردت ذلك لانشاء الحرية في الحال
يعتق العبد في القضاء ولا يصدق لانه خلاف الظاهر ولا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يضمن المكره له
شيئا لزمه أنه لم يقع العتاق ولو قال خطر بيالي ذلك ولم ارد ذلك وانما اردت به الانشاء في الحال اولم ارد به
شيئا اولم يخطر بيالي شيء عتق قضاء وديانة ويرجع بقيمته على المكره وعلى هذه التفاسير الطلاق
ولو أكرهه على أن يعتق عبده أو يطلق امرأته ففعل رجع بالاقل من قيمة العبد ومن نصف المهر لان
الضرر كان ين دفع بالاقل ولو كان ذلك بعد الدخول لا يجب على المكره شيء لانه ان وقع الطلاق
لا يرجع بشيء على ما ذكرنا وان وقع العتق فهو ليس بضرر الى ابتاعه اذ كان يمكنه أن يوقع الطلاق
ويتخلص ولو أكرهه على التوكيل بالطلاق أو العتاق فأوقع التوكيل وقع استحسانا والقياس أن لا تصح
الوكالة لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالببيع وأمناله وجه الاستحسان أن الاكراه
لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فسادا فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر في
الوكالة لكونها من الاسقاطات فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل ويرجع الموكل على المكره بما تلف
عليه استحسانا والقياس أن لا يرجع لان الاكراه وقع على التوكيل وبه لا يثبت الاتلاف وانما تلف
بفعل الوكيل بعد ذلك باختياريه وقد لا يفعل ذلك أصلا فلا يضاف التلف الى التوكيل كما في الشاهدين
اذا شهدا أن فلانا قد وكل بعتي عبده فأعتق الوكيل ثم رجعنا يضمننا وجه الاستحسان أن غرض
المكره والملك اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصودا وجعل ما فعل طريقا الى الزالة فيضمن
ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجب منه الاكراه ولو أكرهه على النذر صرح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا
يعمل فيه الاكراه وهو من اللاتي هزلهن جت ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا
يطلب هو به فيها اذ لو كان له الطالب فيها لجدس فيكون أكثر مما أوجب وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما
الاكراه لانهم لا يحتملان الفسخ فيستوي فيهما الجت والهزل وسواء كان اليمين على الطاعة أو على
المعصية والاصل فيه حديث حديث حذيفة رضي الله عنه أن المشركين لما أخذوه واستسلموا فمروا على أن لا ينصر
رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة خلف مكرها ثم أخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أوف
الهم بعهدهم ونحن نستعين بالله عليهم ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فأوجب الشرع به حرمة
مؤقتة بالكفارة فلا يؤثر فيه الاكراه كالطلاق وكذا الرجعة والاملاء والنفق ففيه باللسان لان الرجعة
استدامة النكاح فكانت ملحقه به والايلاء عمن في الحال وطلاق في المال والاكراه لا يمنع كل واحد منهما
والنفق ففيه كالرجعة في الاستدامة ولو بانتهى بعض أربعة أشهر ولم يكن دخل به الزمة نصف المهر
وايسر له أن يرجع به على المكره لانه كان متمكنا من النفق في المدة وكذا الخلع لانه طلاق أو عمن من
جانب الزوج وكل ذلك لا يؤثر فيه الاكراه ثم ان كانت المرأة غير مكرهة لزمها البذل لانها التزمت به وهي
طائعة وان كانت مكرهة لا يلزمها لان المال لا يلزم بدون الرضا ولو أكرهه على أن يجعل كل ماله
على كذا في المستقبل حراف فعل ثم ماله ماله كاعتق ولا ضمان على المكره لان العتق يحصل باعتبار صنع من
جهته وان أكرهه على أن يعلقه بفضله الذي لا بد له منه نحو أن يقول ان صليت فعبدى حرأوأ كلت أو
شربت ثم فعل المكره هذه الاشياء عتق العبد وغرم المكره قيمته لانه لا بد له من هذه الافعال فكان ملجأ
ولو أكرهه على أن يكفر ففعل لم يرجع بذلك على الذي أكرهه لانه أمر بانخروج عن حق لزمه وذلك
حسبة منه لا اتلاف شيء عليه بغير حق ولو أكرهه على عتق عبده بعينه عن الكفارة ففعل عتق العبد
وعلى المكره قيمته لانه لم يجب عليه أن يعتق عبدا بعينه عن كفارة فصار بالاكراه عليه متعديا عليه

ولو أن لصا غلبا أكره رجلا حتى جعل على نفسه صدقة أو صوما أو حجاً أو عمرة أو غزوة في سبيل الله أو بدنة أو شيئا يتقرب به الى الله فهذه بقتل أو تلف عضو أو غيره يعنى بجس أو قيد حتى أوجب ذلك على نفسه فانه يلزمه وذلك لما روى محمد في كتاب الاكراه عن عمر رضي الله عنه أنه قال أربع مقفلات مهمات ليس فيهن رتيدى العتاق والطلاق والنكاح والنذر أراد بقوله مهمات وقوعها ووجوبها مطلقة بلا قيد الرضا والطوعية والحد اذا صدرت من مكلف ومنه قول ابن عباس رضي الله عنه أنهم ما أبهم الله يعني أن حرمة الام مطلقة غير مقيدة بالدخول والرتيدى بمعنى الرد ولان اليمين تصرف لا يبطل الهزل ألا ترى أنه اذا نذر هازلا يلزمه وكل تصرف لا يبطل الهزل لا يبطل الاكراه ولان النذر واليمين لا يقبلان الفسخ بعد وقوعهما وكل ما لا يقبل الفسخ لا يؤثر فيه الاكراه ولا يرجع فيه المكره على الذي أكرهه بما لزمه من المنذور ولانه لا يطلب به في الدنيا ولا يجس بل يجب عليه ديانة لأقضاء اه (قوله وسواء كان اليمين على الطاعة أو على المعصية) قال الاتقاني نقلا عن شرح الكافي اشبح الاسلام علاه الدين الاسيحيابي ولو أكرهه على أن يظاهر من أمر أنه كان مظاهرا لانه من باب التحريم فأشبه اليمين اه بخلاف (قوله فصار بالاكراه عليه متعديا عليه) أي ولا يقال بأنه اتلاف بعرض لانه عسي يمكنه الخروج بما دون هذا فصار في الزيادة اتلافا بغير

بخلاف (قوله فصار بالاكراه عليه متعديا عليه) أي ولا يقال بأنه اتلاف بعرض لانه عسي يمكنه الخروج بما دون هذا فصار في الزيادة اتلافا بغير

عوض حتى قالوا لو كان هذا من أخس الرقاب لا يتصور أن يكون دون هذا جزيا (١٨٩) لا يضمن شيئا فان قالوا ينبغي أن يضمن بقدر

الزيادة قلنا متى ضمن بعضه
خرج من أن يكون كفارة
فتبين أنه اتلاف بلا نفع
يسلم له فضمن كله ولم يجزه
عن الكفارة لأنه متى وجب
الضمان لربه على المكره صار
اعتماقا بعوض فلا يصلح كفارة
اه اتقاني (قوله وأنا أريد به)
أي كفارة الظاهر اراه اتقاني
(قوله أجزاء) أي عن كفارة
الظهار لأنه أخبر أنه أعتقه
طائعا فلم يكن الضمان به
واجبا على المكره فصح كفارة
وإنه أمر بينه وبين ربه فصدق
فيه ولم يكن له على المكره
شيء لأنه أخبر أنه طائع وان
قال أردت به العتق عن الظهار
كما أمرني ولم يخطر به إلى غير
ذلك لم يجزه عن الكفارة لأنه
أخبر أنه فعل ما فعل بأمره
فكان مكرها ولو أكرهه بحبس
أو قيد أجزاء عنه لأنه لا
يوجب نقل الفعل إلى غيره
ولا يوجب الضمان على
المكره فبقى اعتماقا بعوض
فيسلم له فيصلح كفارة اه
الثاني (قوله والقياس أن
يكون الخ) أسير خرج من
دار الحرب إلى دار السلام
وقالت له امرأته أنك ارتددت
في دار الحرب إن أنكروا الزوج
فالتول قوله لأنه منكر للفرقة
وان أقر وقال تكلمت بذلك
لكن مكرها فالتول قوله اه
لأنه أقر بالردة وادعى السكره
والمرأة منكرة فالتول قولها
وان صدقته المرأة فالتقاضي

ببخلاف الأول لأنه لم يأمره إلا بالخروج عما لزمه ولم يكرهه على اتلاف مال معين ثم لا يجزئه عن الكفارة
هنا لأنه في معنى العتق بعوض ولو قال أنا أبرئه من القيمة حتى يجزئه عن الكفارة لم يجز ذلك لأن العتق
نفذ غير مجزئ عن الكفارة والموجود بعد ذلك إبراء عن الدين وهو لا تأتي به الكفارة ولو قال أعتقته
حين أكرهني وأنا أريد به عن الكفارة ولم أعتقه لا كراهه أجزاء عن الكفارة وليس له أن يرجع بقيمة
العبد على المكره ولو أكرهه على أن يعتق نصف عبده فأعتق كله فهو مختار ولا شيء على المكره عند أبي
حنيفة رحمه الله لأن الاعتاق يتجزأ عنه وما أتى به غير ما أكره عليه فلا يصير الاتلاف به منسوبا إلى
المكره ألا ترى أنه لو أمر أن يعتق نصف عبده فأعتق كله كان باطلا عنه وعنده ما يضمن المكره
قيمته كله لأن الاعتاق لا يتجزأ عنه هما فلا كراه على اعتاق النصف كراه على اعتاق الكل ولو أكرهه
على اعتاق كله فأعتق نصفه يضمن نصفه عنه وعنده ما يضمن الكل لأن اعتاق النصف اعتاق للكل
عندهما وعند حنيفة يقتصر على النصف فيكون أتى ببعض ما أكره عليه فيجب عليه الضمان بحسابه
ولو أكرهه على الزنا فزنى يجب عليه الحد في قول أبي حنيفة رحمه الله الأول وهو قول زفر ثم يرجع وقال
لا يجب عليه الحد إن أكرهه السلطان وإن أكرهه غيره يجب وقال لا يجب عليه في الوجهين وهذا
اختلاف عصر وزمان على ما بينا من قبل وجه قوله الأول أن الزمان الرجل لا يتصور إلا بانتشار الآلة
والانتشار دليل الطواعية ولأنه لا يمكن نسبة الزنا إلى المكره لكونه لا يصلح أن يكون آلة له في الزنا لأن
الوطء بالآلة غير ممكن فكان مقتصر على الفاعل ولهذا ذاب قطب به احصائه دون احصان المكره
فكذلك الحد يجب عليه بخلاف المرأة لأنها محل الفعل ويتحقق منها الزنا ألا ترى أنه يتحقق منها وهي نائة
أو مغنى عنها ولا تشعربه وبخلاف الأكره على القتل لأنه يمكن أن يجعل آلة له فيه فينسب إلى
المكره حتى يجب عليه القصاص وجه قوله المرجوع اليه أن انتشار الآلة قد يكون طبعيا كما في
النائم فلا يدل على الطواعية فيستقط الحد إذا وجد الأكره الملقب لأنه لو لا الجاعل ما فعل وقصد به بالفعل
دفع الهالك عن نفسه لا قضاء الشهوة ولأن الحد شرع للزجر وهو منزجر في غير حالة الأكره لما أن في
الامتناع اهلا كذا فلا يفيد شرع الحد في هذه الحالة فلا يكون مشروعا قال رحمه الله (وعلى الردة لم تبين
امرأته) أي لو أكرهه على الردة وأجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان لم تبين امرأته لأنه لا يكفر
به من غير تبديل الاعتقاد حتى لو ادعت المرأة ذلك وأنكر هو كان القول قوله استحسنانا والقياس أن يكون
القول قولها حتى يفرق بينهما ما لأن كلمة الكفر سبب لحصول البينة فبها فيستوى فيها الطائعين والمكره
كلفظة الطلاق ووجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوع للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار
تغير الاعتقاد والأكره دليل على عدم تغيره فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف ما إذا
أسلم مكرها حيث يحكم عليه بالاسلام لأنه وجد أحد الركنين وفي الركن الآخر احتمال فربما بجانب
الوجود احتياط بالاناسلام يعاوه ولا يعلى عليه ونظيره السكران فإن اسلامه صحيح وكفاره لا يصح
ولا يحكم برده لعدم القصد به ذلك البيان المحكم أما فيهما بينه وبين الله تعالى فإن لم يعتقه فليس بمسلم
ولو أكرهه على الاسلام حتى أسلم ثم رجع عن الاسلام لا يقتل لأنه لما مكنت الشهية لاحتمال عدم الاسلام
من الابتداء فيكون كفره أصليا لعدم صحة اسلامه ولو قال المكره نويت الاخبار باطلا ولم أكن فقلت
بانت امرأته في الحكم لأنه أقر بوجود المخلص وجوابه مطابق للسؤال فيكون مخالفا لما نوى باعتبار
الظاهر فلا يصدق أنه نوى ذلك لأن كلامه وقع جوابا لما طلب منه ظاهرا فالظاهر أنه أجاب إليه ونوى
ما قصد المكره مع إقراره على نفسه بوجود المخلص فلا يصدق في حق المرأة أنه عدل عما طلبه منه بالنسبة
فيجعل مجيبا لهم طائعا ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر بي إلى الخبر عن الباطل بانت ديانة وقضاء لأنه
كفر حقيقة حيث أجاب إلى ما طلب منه مع وجود المخلص وعلى هذا لو أكرهه على الصلاة على الصليب

لا يصدق فهمه إلا ان تصادقهما في النرج لا يجوز اه سير فتاوى الولوالجي رحمه الله (قوله ولو قال المكره) أي على الاسلام اه

كتاب الجحر

أورد الجحر بهذا الأكرام لما
أن بينهم ما سلب الاختيار
الآن الأكرام أقوى لأن فيه
سلبه عن له اختيار صحيح
وولاية كاملة بخلاف الجحر
فكان أحق بالتقديم وحسن
النظر والشفقة على
المجور وقد يكون النظر
والشفقة لغيره ودفع الأذى
عنه كما في حجر المسجون
والشفقة على قولهم أو حجر
المرضى عن التصرف في
الرش وحجر العبد لخلق المولى
إع كافي وكتب ما نصه
قال الاتقاني وفي اصطلاح
الفقهاء عبارة عن حجر
مخصوص وهو الجحر الحكيم
الذي لا يصير تصرف المجور
عليه مفيدا حتى إذا باع
وحصل القبض لا يفيد الملك
وهو الفرق بين الجحر والنهي
فإن النهي يفيد الملك بعد
القبض كما في البيع الفاسد
إع (قوله في المتن بصغر ورق
وجنون) وهذه الثلاثة
سبب للجحر بإجماع العلماء
وفي أن السفه والفلس سبب
للجحر اختلاف كما سيبي
وحكي عن أبي حنيفة أنه
أخلق بهذه الثلاثة ثلاثة
أخر وهي المنى الما جن
والمطلب الجاهل والمكاري
المناس أه كافي (قوله
ومنه قوله تعالى هل في ذلك
قسم لذي جحر) أي لذي عقل
ومنه قول بعضهم
لا يتبادى في اتباع الهوى

أو على سبب محمد صلى الله عليه وسلم فقال فخطر بي إلى أن أسجد لله تعالى وأسب محمدًا آخر فنويت
السجود لله تعالى أو سجدت لغير النبي صلى الله عليه وسلم بآنت أمر أنه قضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى
ولو قال نويت السجود للصلب أو سجدت للنبي صلى الله عليه وسلم كفر ديانة وقضاء لما قلنا ولو قال لم يخطر
بي شيء فنويت ما طلب مني وقلي مطمئن بالآيمان لا تين أمر أنه ديانة ولا قضاء وهو المراد بالمدكور في
الكتاب لأنه لم يقر على نفسه بوجود المخاض واجابة ما طلب منه في حالة الأكرام مخصص له دون غيرهم من
الأحوال حتى لو خطر ببالة أنه لو أكرهه الصدوق على كلمة الكفر لأجراها على لسانه وقلبه مطمئن بالآيمان
كفر من ساعته لأنه رضى بأجراه كلمة الكفر على لسانه من غير أكرامه فصار تطهير ما لو نوى أن يكفر في وقت
في المستقبل والله أعلم

فصل في حرمة طرف الإنسان سكرمة نفسه متى لو أكرهه على قطع يد غيره لا يرضى له قطعها كما
لم يرضى له قتل نفسه بخلاف اتلاف ماله ولو قطعها بأثم القاطع ويجب القصاص على المكره كما قلنا في
النفس ولو أكرهه على قطع طرف نفسه حل له قطعه بخلاف ما إذا أكرهه على قتل نفسه حيث لا يحل له قتلها
لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حق صاحب الطرف حتى يحل له قطعها إذا استأكت ولو
قال له لتلقين نفسك في النار أو من الجبل أو لا تقتلن وكان الإلقاء بحيث لا ينجم منه ولكن فيه نوع خفة
فله الخيار أن شاء فعل ذلك وإن شاء لم يفعل وصبر حتى يقتل عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه ابتلى بليتين
فيختار ما هو الأهلون في زعمه وعندهما يصبر ولا يفعل ذلك لأن مباشرة الفعل سعى في اهلال نفسه فيصبر
تحمياعنه وأصله أن الحريق إذا وقع في سفينة وعلم أنه لو صبر فيه احترق ولو وقع في الماء غرق فعنده
يختار أي ما شاء وعندهما يصبر ثم إذا ألقي نفسه في النار فاحترق فعلى المكره القصاص وإن أكرهه على أن
يقطع يده رجل بحديدة فقطع يده ثم قطع رجلاه بغير أكرامه فبات المقطوع من ذلك يجب القصاص على
القاطع والمكره لأنه مات بدينين أحدهما انتقل إلى المكره والآخر اقتصر على القاطع فصارا قاتلين له
وعند أبي يوسف رحمه الله عليه ما الدية في مالهما لأن في قطع اليد على المكره الدية عنده فصار نصيب
الآخر ما لا ضرورة ولو قال له لتلقين نفسك من رأس الجبل أو لا تقتلنك بالسيف فألقى نفسه فبات فعنده
أبي حنيفة رحمه الله يجب الدية على عاقلة المكره لأنه لو باشر لا يجب عليه القصاص لأنه قتل بالمثل بل
فيه الدية على العاقلة فكذا إذا أكرهه عليه وعند أبي يوسف رحمه الله يجب الدية على المكره في ماله
وعند محمد رحمه الله يجب القصاص على المكره لأنه كالقتل بالسيف عنده وعلى المكره القصاص عنده
ولو قال لا آخر فباتي فعنه يجب الدية في ماله في الصحيح وهو رواية الأصل لأن الأباحة لا تجرى في النفوس
فكان ينبغي أن يجب القصاص كما قال زفر وأما سقط للشبهة باعتبار الأذن فتجب الدية في مال القاتل
لأنه عدو العاقلة لا تقصده وفي رواية لا يجب عليه شيء لأن نفسه حقه فصار كاذنه باتلاف ماله ثم لا ضمان
فكذا هنا وإذا أكرهه على المرأة على التزويج مهر فيه غبن فاحش ثم زال الأكرام فرضبت المرأة ولم يرض
الولي فللولي الفراق بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله لأن التبليغ إلى مهر المثل حق الأولياء لأنهم يتصرفون
بالنقصان وقال ليس لهم ذلك لأن المهر خالص حقه ما حتى تلك اسقاطه وهبته والله أعلم

كتاب الجحر

قال رحمه الله (هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً بصغر ورق وجنون) هذا في الشرع وفي اللغة هو المنع
مطلقاً أي منع كان ومنه سمي الخطم حجراً لأنه منع من السكينة وسمى العقل حجراً لأنه يمنع من القبايح
ومنه قوله تعالى هل في ذلك قسم لذي عقل ثم إن الله تعالى خلق البشر أشرف خلق وجعلهم
بكمال حكمته متفاوتين فيما عتازون به عن الانعام وهو العقل وبه يسهل من سعادته ذلك أن الله تبارك وتعالى
ركب في البشر العقل والهوى وركب في الملائكة العقل دون الهوى وركب في البهائم الهوى دون

الا الذي في عقله وهي فالعقل عقل والجاحز * والجحر حجر والنهي نهى العقل

(قوله كل ذلك رحمة منه) ذكر البهقي في كتاب المعرفة أن الأحكام انما صارت متعلقة بالبلوغ بعد الهجرة وذكر الشيخ تقي الدين السبكي أن ذلك بعد أحد اه (قوله والرق الخ) قال الاتقاني وقيل الرق الخ اه (قوله ثم هذه الاشياء توجب الجرح الخ) حتى يؤخذ بالافعال حتى ان طفل يوم لو انقلب على مال انسان فأتلفه يلزمه الضمان وكذلك المجنون الذي لا يفقه اذا فارق ثوب انسان يلزمه الضمان لان الافعال لا تنف على القصد الصحيح لانها توجد حسا وشهادة ولا يمكن رد ما هو ثابت حسا بخلاف الافعال التي تسقط بالشبهة كالحدود والقصاص فان الصبا والمجنون يؤثران فيها لان الحدود والقصاص عقوبة والصبي والمجنون ليسا من أهل العقوبة فسقطت عنهم القصور في فعلهما لعدم القصد الصحيح اه غايه (قوله فيجتمل فيه) أي في تصرفه اه (١٩١) (قوله وان كان يجن تارة ويفيق أخرى) قال

الاتقاني وأراد بالمجنون المغلوب الذي يجن ولا يفيق وهو المغلوب على عقله وهو احتراز عن الذي يجن ويفيق وهو المعتوم فان حكمه حكم الصبي كما سيحكي بعد هذا اه (قوله فهو في حال افاقته كالعاقل) يقتضي أن تصرفاته نافذة في حال افاقته فهو مخالف لما ذكره الاتقاني من أنه موقوف وقد نقلت عبارته بعد ثلاث قولات في هذا الجرد عند قوله فالولي بالخيار الخ فانظر ما أقول والذي يظهر لي بتوفيق الله تعالى أن الحق التفصيل فان كان لافاقته وقت معلوم فعقد في ذلك الوقت فالحكم فيه النفاذ كالعاقل وان لم يكن لافاقته وقت معلوم فعقد في حال الافاقة فالحكم فيه الوقف كالصبي فينبغي أن يعمل ما قاله الزيلعي رحمه الله على الأول وما ذكره الاتقاني رحمه الله على الثاني هذا

العقل فن غلب من البشر عقله على هواه كان أفضل خلقه لما يقاسى من مخالفة الهوى ومكابدة النفس ومن غلب هواه على عقله كان أردأ من البهائم قال الله تبارك وتعالى إن هم إلا كالأنعامل بل هم أضل فجعل بعضهم ذوى النهى وجعل منهم أعلام الدين وأئمة الهدى ومصابيح الدجى وابتلى بعضهم بما شاء من أسباب الردى كالمجنون الموجب لعدم العقل والصغر والعته الموجبين لنقصانه فجعل تصرفهما غير نافذ بالجرح عليهما ولولا ذلك لكان معاملاتهما ضرا عليهم بأن يستجتر من معاملتهما ما لمالهما باحتياله الكامل وجعل من ينظر في ماله ما خاصا وعاما وأوجب عليه النظر لهما وجعل الصبا والمجنون سببا للجرح عليهما ما كل ذلك رحمة منه ولطفه والرق ليس بسبب الجرح في الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الرأي كالحرة غير أنه وما في يده ملك المولى فلا يجوز له أن يتصرف لأجل حق المولى والانسان اذا منع عن التصرف في ملك الغير لا يكون محجورا عليه كالحرة لا يقال انه محجور عليه مع أنه ممنوع عن التصرف في ملك غيره ولهذا يؤخذ العبد باقراره بعد انعق لزوال المانع وهو حق المولى ولعدم نفوذه في الحال وتأخره الى ما بعد الحرية جعله من المحجور عليهم ثم هذه الاشياء توجب الجرح في الاقوال دون الافعال لان الجرح في الحكيمات دون الحسيات ونفوذ القول حكيم ألا ترى أنه يرتد وقبل الفعل حسي لا يمكن رده اذا وقع فلا يتصور الجرح عنه وهو المراد بقوله هو ممنوع عن التصرف قول الافهلا قال رحمه الله (فلا يصح تصرف صبي وعبد بلا إذن ولي وسيد) لان الصبي عديم العقل ان كان غير مميز وان كان مميزا فعقله ناقص لعدم الاعتدال وهو بالبلوغ فيجتمل فيه الضرر فلا يجوز الا اذا أذن له الولي فيصح حينئذ ترجيح جانب المصلحة فيه ومنع العبد خلق المولى فاذا أذن له فقد زال فيه تصرف بأعنيته ان كان بالغاعاقلا وان كان صغيرا فهو كالحرة الصغير قال رحمه الله (ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) يعني لا يجوز تصرفه أصلا ولو أجاز له الولي لان صحة العبارة بالتمييز وهو لا تميز له فصارت بيع الطوطى وان كان يجن تارة ويفيق أخرى فهو في حال افاقته كالعاقل والمعتوم كالصبي العاقل في تصرفاته وفي رفع التكليف عنه وهو الناقص العقل وقيل هو المدهوش من غير جنون واختلفوا في تفسيره اختلافا كثيرا وأحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلفا الكلام فاسد التدبير الا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون قال رحمه الله (ومن عقد منهم وهو يعقل يجيزه الولي أو يفسخه) أي من عقد البيع أو الشراء من هؤلاء المحجورين وهو يعقل البيع والشراء بان يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تفصيل البيع والزيادة فالولي بالخيار ان شاء أجاز له وان شاء رده لانه اذا كان بهذه الصفة يجتمل

ما ظهر لي حال المطالعة والله أعلم بالصواب اه (قوله والمعتوم كالصبي الخ) قال الاتقاني ثم اعلم أن المعتوم البالغ هل تجب عليه العبادات أم لا فيه اختلاف المشايخ فالقاضي أبو زيد مال الى الوجوب ونحو الاسلام مال الى السقوط اه سيما في كلام الشارح في الورقة الآتية في الشرح أنه غير مكلف اه (قوله في المتن ومن عقد منهم) أي من هؤلاء المذكورين الثلاثة اه اتقاني وكتب على قوله منهم مانصه قال خواهر زاده أي من الصغير والعبد ذكر الجمع وأراد التثنية كما في قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقال في شرح النافع أراد الصغير والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق لا الذي ذهب عقله فان تصرف مثل هذا لا يصح وان لحقه الاجازة ولهذا أقامه بقوله وهو يعقل (قوله في المتن أو يفسخه) يعني اذا باع الصغير شيئا أو اشتراه فلحقه الاجازة فان عقيل معنى العقد جاز والافلا وكذا العبد الصغير وكذا المجنون الذي يجن ويفيق اذا عقد فأجاز له الولي جاز ذلك اذا كان العقد في حال افاقته ومعرفة معنى البيع اه غايه (قوله فالولي بالخيار الخ) قال الاتقاني رحمه الله اعلم أن ما كان فيه نفع يشوبه ضرر كالبيع والشراء والاستجار والاجارة والرهن والارتهان والاقرض والاستقراض

أن يكون في عقد مصلحة فيجيزه الولي أو المولى أن رأى فيه ذلك كعقد الأجنبي وهو الفضولي فيوقف
 على إجازته فإن قيل هذا في البيع مستقيم وأما في الشراء فلا يستقيم لأنه لا يتوقف بل ينفذ على المشتري
 قلنا لا ينفذ على المشتري إذا وجدنا إذا كثر شراء الفضولي وهذا لم يجدنا إذا أهدم الأهلية أو لم يضر المولى
 فيوقف الكل قال رحمه الله (وان تلفوا شيئا ضمنوا) لما ذكرنا أنهم غير مجبور عليهم في حق الأفعال
 إذا لم يكن أن يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع فاعتبر في نفسه فيترتب عليه وجوبه لتحقيق
 السبب ووجود أهلية الوجوب وهي الذمة لأن الآدمي يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق عليه وله إلا أنه
 لا يخاطب بالأداء إلا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين إلا إذا أسبر وكلفنا لا يؤمر بالأداء إلا إذا
 استيقظ من النوم قال رحمه الله (ولا ينفذ أقرار الصبي والمجنون) لأن اعتبار الأقوال بالشرع ألا ترى
 أنه يحتمل الصدق والكذب وقبل الشارع شهادة البعض دون البعض فأمكن رد ما فترت نظرا له ما بخلاف
 الأفعال على ما بينا أنه فعل حسي فلا مرد له حتى لو تناهى به حكم شرعي كالحلف فلا يصير فعلا أيضا إلا من
 حيث أنه اتلاف فيجب عليه الضمان قال رحمه الله (وينفذ أقرار العبد في حقه لا في حق مولاه فلو أقر
 بماله لزمه بعد الحرية) لأنه أقراره على غيره وهو المولى لما أنه وما في يده ملك المولى وأقرار المولى على غيره
 لا يقبل فإذا عتق زال المانع فيمتنع به لوجود سببه عن أهلية قال رحمه الله (ولو أقر بحد أو قود لزمه في
 الحال) لأن العبد مبقى على أصل الحرية في حقه ماله منهم من خواص الإنسانية وهو ليس بمالك من
 حيث أنه آدمي وإن كان مملوكا من حيث أنه ماله ولهذا لا يصح أقرار المولى به ما عليه فإذا بقي على أصل
 الحرية فهم ما ينفذ أقراره به ماله لأنه أقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني فإن قيل قوله عليه الصلاة
 والسلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا إلا الطلاق يقتضي أن لا يملك الأقرار بالخصائص والحدود قلنا لما
 بقي على أصل الحرية في حقه ما يكون أقرارا لحره لا أقرارا للعبد ولأن قوله تعالى بل الإنسان على نفسه
 بصيرة يقتضي أن يصح أقراره فينفذ ولا يقال أنه خص منه الأقرار بالمال لأننا نقول الأقرار بالمال ليس
 بأقرار على نفسه وإنما هو أقرار على غيره فلم يتناول النص على أن لا نسلم أنه مخصوص لأنه مقبول أيضا في
 حق نفسه حتى يلزمه بعد الحرية ولا يقال إن النص يحمل على أنه ورد على الحر دفعا لتناقض بينه وبين
 ما رويناه قلنا يحمل المروي على غير هذه الصورة دفعا للتعارض قال رحمه الله (لا يفسخ) أي لا يحجر عليه
 بسبب سفه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله أعلم أنه لا يرى الحجر على الحر البالغ العقول بسبب السفه والدين
 والغفلة والفسق وإن كان مبدرا مفسدا يملك ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وعندهما يحجر عليه
 بسبب السفه والدين في تصرفات لا تهج مع الهزل كالبيع والهبة والإجارة والصدقة ولا يحجر عليه في
 غيرها كالطلاق ونحوها وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه بالكل والسنه هو العمل بخلاف موجب
 الشرع واتباع الهوى وتول ما يدل عليه الجبا والسفيه من عادة التبذير والاسراف في النفقة وأن
 ينصرف تصرفا لا لغرض أو لغرض لا يستند به العقل من أهل الديانة غرضه مثل دفع المال إلى المغني
 واللعب وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن الفاحش في التجارات من غير محمدة وأصل المسامحة في
 التصرفات والبر والاحسان مشروع والاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال الله تعالى
 والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وقوله تعالى ولا تولى السفهاء أموالكم التي
 جعل الله لكم قواما وازرقوهم فيها وكسوهن فلهذا نص على إثبات الحجر عليه بطريق النظر فإن الولي
 هو الذي يباشر التصرف في ماله على وجه النظر له وقوله تعالى فإن كان الذي عليه الحق سفها أو ضعيفا
 أو لا يستطيع أن يعمل عوفا لم يلزمه بالعدل وهذا نص على إثبات الولاية على السفيه وأنه مولى عليه فلا
 يكون ذلك إلا بعد الحجر عليه وروى أن عبدا لله بن جعفر كان يفتي ماله في الجهاد والضيقات حتى
 اشترى دارا للضيافة بمائة ألف فبلغ ذلك على بن أبي طالب فقال لا تبين عثمان ولا سأله أن يحجر عليه
 فأعتمر بذلك عبدا لله وجاء إلى الزبير فأخبر بذلك فقال أشركني فيما أشرك ثم جاء علي إلى عثمان رضي الله

فإنه يقف على إجازة الولي إذا
 تصرف الصبي العقول أو
 المعقوه وكذا العبد المجبور
 إذا تصرف في هذه الأشياء
 يقف على إجازة المولى حتى
 يرى الولي أو المولى رأي فيه
 أن رأى المنفع في المنقض
 نقض اه (قوله لأن العبد
 مبقى الخ) وقال زفر لا يصح
 أقواره إذا كان مجبورا عليه
 وجه قوله أنه لو صح يلزم منه
 اتلاف مال المولى فلا يصح
 كمالو أقربدين ولنا أن العبد
 مبقى على أصل الحرية في
 حق الدم لأن الرقي ينافي
 بالهبة غير المال لأن كونه
 مملوكا باعتبار معنى المالية
 فيه لا باعتبار الآدمية
 والخصائص من خواص
 الآدمية وكذا الإيجاب الحاد
 فيصيح أقراره به ما والدليل
 على أنه مبقى على أصل الحرية
 أن المولى لا يملك سفك دمه
 ولا يصح أقرار المولى بدمه
 ولأن أقرار المجبور بدين انما
 لا يصح في حق المولى للثمة
 في حق مولاه وليس عتق
 في هذا الأقرار لأنه أقر بما
 يوجب العقوبة على نفسه
 وقول زفر منقوض بأقراره
 بالردة فإنه يقبل ويتل وان
 لزم اتلاف مال المولى وينبغي
 أن يكون حراما القدوري في
 قوله وإن أقر بحد أو قصاص
 لزمه فيما إذا كان كبيرا أما
 إذا كان صغيرا فلا لاندلا
 اعتبار قوله لعدم قصد
 الصحيح اه اتقاني

(قوله ولا ي حنيفة ما روى ابن عمر الخ) قال الاتقاني وجبه قول أبي حنيفة الكتاب والاجماع والمعقول ثم قال وأما الاجماع فهو أن السفيه اذا طلق أو أعتق أو تزوج تصح منه هذه التصرفات بالاتفاق وكذا اذا أقر على نفسه (٩٩٣) بالحدود والقصاص صح بالاتفاق

فان كان حجورا عليه لم تصح تصرفاته أصلا لسلب ولايته فإذا صح تصرفه في النفس وهي الأصل وجب أن يصح تصرفه في المال وهو التبع بالطريق الأولى بدلالة الاجماع وأما المعقول فمعقول هذا حرمنا تطب تصرف في خاص حقه على وجه التقييد ولم يتصل به حق أحد فوجب أن ينفذ تصرفه ولا يتجبر قياسا على المصلح لماله وعلى الطلاق والعتق والنكاح وعلى تصرف متصل بنفسه من الاقرار بالحد والقصاص وذلك لان كونه سرا مخاطبا دليل على كونه مالا قادرا على التصرفات لان الخطاب دليل اعتبار عقله والعقل دليل (قوله فقل لا خلافة) أي لا خداع وجاء في رواية فقل لا خيابة بالباء كأنها لغة من الراوى أبدل اللام ياء اه ابن الاثير رحمه الله (قوله بخلاف المعتوه الخ) قال الاتقاني ثم اعلم أن المعتوه البالغ هل تجب عليه العبادات أم لا فيه اختلاف المشايخ قال قاضي أبو زيد مال الى الوجوب ونحو الاسلام مال الى السقوط اه تقدمت هذه الحاشية قبل هذه بستمه قولات في قوله والمعتوه كالصبي الخ فانظره وقد نبه على هذه

عنهم ما فسأله أن يحجر عليه فقال كيف أحجر على رجل شريكه الزير وانما قال ذلك لان الزير كان معروفا بالكماسة في التجارة فاستدل برغبته أنه لا غبن في تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز التجزيم هذا السبب وأن عائشة رضي الله عنها كانت تصدق بماله الحق روى أنها كان لها ربا ع فهمت ببيع رباها للتصدق بالثمن فبلغ ذلك عبد الله بن الزير فقال لانهين عائشة عن بيع رباها للتصدق أو لا تجزئ عليها ولان النظر له واجب حقا لاسلامه وليس من النظر أن يمكن من التصرف لا على وجه يقتضيه العقل والحكمة فيحجر عليه نظره وهو من جملة التعاون على البرفصار كالصبي بل أولى لان الصبي انما يحجر عليه لتوهم التبذير وهذا قد تحقق منه ولهذا يمنع ماله في الابتداء اجماعا بطريق النظر له ومنع المال من غير حجر عليه لا يفيد لان ما منع من يده يتلفه بلسانه فيحجر عليه نظره ولا ي حنيفة رحمه الله ما روى ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام ذكر له رجل يخدع في البيع فقال من يابعت فقل لا خلافة رواه البخاري ومسلم وفي رواية غيرهما قيل له أحجر عليه ولانه عاقل كامل العقل ألا ترى أنه مكاف فلا يحجر عليه كالشديد بخلاف المعتوه والصبي فانهما ناقصا العقل ولهذا لم يكفانا فلا يمكن القياس عليهما ولو كان يحجر عليه نظره لكان رفع التكليف أنظر له حيث كافه الشارع يعلم أنه لم ينظر له فكيف ينظر له وهو كامل العقل والتقصير من جهته بسوء اختياره وقلة تدبيره مكابرا لعقله ومتابعا لهواه ولان في حجره إلحاقه بالبهائم وإهدار آدميته وهو أشد ضررا من التبذير ولا يتحمل الا على دفع الادنى حتى لو كان في الجرد دفع ضرر عام يحجر عليه عنده وذلك كالجرح على المتطبيب الجاهل بأن يسميهم دواء مهلكا أو اذا قوى عليهم الدواء لا يتدبر على إزالة ضرره وكالجرح على المفتي الماسخ وهو الذي يعلم العوام الخيل الباطلة كتعليم الارتداد للبين المرأفة من زوجها أو لتسقط عنها الزكاة ولا يبالي بما يفعل من تحليل الحرام أو تحريم الحلال وكالجرح على المسكاري المفلس وهو الذي يتقبل الكراء ويؤجر الجاهل وليس له مال ولا ظهر يحمل عليه ما لا مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه ويصرف هو مأخذه منهم في حاجته فاذا جاء وقت الخروج تخفى فتمذهب أموال الناس وتفوت حاجاتهم من الغزو والحج لان دفع الضرر العام واجب وان كان فيه إلحاق الضرر بالخاص ولا يصح القياس على منع المال لعدم الاستواء لان الجرح بأبغ في العقوبة ممن منع المال ومنع المال مفيد لان أكثر ما يتلف بتصرفاته بان لا يمتدى اليها السلامة قلبه فيعذب في البياعات فيخسر أو بالهبات والصدقات أو بأن يجمع أصحابه من أهل الفسق والشرب ويظهروهم ويسقيهم ويسرف في الانفاق عليهم فاذا لم يسلم اليه ماله لا يتمكن من ذلك والمذكور في قوله تعالى ولا توثقوا السفهاء أموالكم أموالنا لا أموال السفهاء المراد بالآية أن نطمعهم ونكسرهم من أموالنا ولا نسلم اليهم والمراد بالسفهاء الذراري من النساء والصبيان لان النساء والصبيان اذا سلم اليهم المال ضيعوه هكذا قال ابن عباس وظاهر الآية يشهد لذلك حيث أضيف المال اليها لا الى السفهاء ولئن كان المراد أموالهم فيجوز أن يكون المراد بالسفهاء الصغار والمجانين فلا يلزم تحريم مع الاحتمال وقوله تعالى ولا تأكلوا أموالهم تبادروا أن يكبروا يدل على أن المراد بالآية الصغار لان معنى الآية والله أعلم لا تأكلوا أموالهم تبادروا أن يكبروا فلو كان لا يكون الاولياء عليهم ولا ية بعد الكبر وهو البارع فتزاع الأموال من أيديهم بالكبر وهذا يشهد لمذهب أبي حنيفة رحمه الله لانه يدل على زوال ولاية الولي بالكبر وكذا قوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سقيما أو ضعيفا الآية فيحتمل أن يكون المراد به الصبيان والمجانين لان السفيه هو الخفيف لغة وذلك بتقصان العقل كالصبي أو بعمومه كالجنون

(٣٥ - زيلعي خامس) هناك (قوله وكالجرح على المفتي الماسخ) ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده والمفتي الجاهل وهما متقاربان لان ضررهما عام اه اتقاني وكتب على قوله الماسخ ما نصه قال في الجهره مجنن الشيء مجنن شونا اذا صلب وغلط وقولهم رجل ماسخ كانه أخذ من غلط الوجه وقلة الحياء وليس بعربي محض اه اتقاني

(قوله والمبذرون اخوان الشياطين) (١٩٤) الذي بخط الشارح الشيطان اه (قوله وعن محمد بن يحيى بن حبان) بفتح أوله

والصغير الذي ليس له تمييز أو نقول الآية تقتضي أن ينفذ تصرف السفه فان الذي عليه الدين هو الذي
لزمه عبادة نفسه لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تدانتم بدين إلى أجل مسمى ثم قال وليلال الذي عليه
الحق يعني الحق الذي لزمه بتلك العبادة ثم قال فان كان الذي عليه الحق سفها أي الحق الذي لزمه عبادة
والله أعلم فليعلم وليه وهذا ظاهر على أن الدين لزمه بعبادته ثم قد يحجز عن الاملال لعدم هدايته إلى
الحساب أو لقلته مما رسته بالاملال لانه يحتاج فيه إلى فصاحة وتأليف كلام فبحسب أن يعل عنه غيره
بانخباره هو وان اراد على نفسه وأكثرا الناس على هذا اليوم فان الذي عليه الحق لا يؤلف كلاما عليه وإنما
يعلم ما عليه ثم يؤلف غيره من الكتاب وحديث عبد الله بن جعفر دليلا لانسالان عثمان رضي الله عنه
امتنع من الجهر عليه مع سؤال على وكلام على كان على سبيل التخييف له وحديث عائشة رضي الله
عنها دليل لما أيضا لانهم المبالغة في قول ابن الزبير حلفت أن لا تكلم ابن الزبير أبدا فلو كان الجهر حكما شرعيا
لما استجازت هذا الحلف من نفسها مجازاة على قوله فيها هو حكم شرعي وبهذا يتبين أن ابن الزبير قال
ذلك كراهة أن تفنى ما لها فتبلى بالنقض فتصير عمالا على غيرها والمصير إلى هذا أولى لانه يكون أبعد من نسبة
السفه والتبذير إلى الصحابة رضي الله عنهم أجمعين لاسيما مثل عائشة وهي أكرم أهل البيت المطهرين
من الرجس رضي الله عنهم أجمعين وكيف يظن بهم التبذير والمبذرون اخوان الشياطين وما القائل
لذلك الا مكابر نفسه وجاهل للنصوص وإنما كان ذلك على سبيل الشفقة والنصح خوفا عليهم على
ما ذكرنا وكان ذلك من عادتهم الا ترى إلى ما روينا من حديث ابن عمر رضي الله عنه أنه قال ذكر رجل
لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيع فقال من بايعت فقل لا خلافة ولو كان الجهر مشروعا
واجبا أو جازا للجهر عليه وفيه ما روى أنس رضي الله عنه فأثنى أهل النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول
الله اجزع على فلان فإنه يتبع وفي عقيدته ضعف فدعا فنهاه عن البيع فقال يا بني الله اني لا أصبر عن
البيع فقال ان كنت غير تارك للبيع فقل هاء وها ولا خلافة رواه أبو داود وأحمد وابن ماجه والدارقطني
وصححه الترمذي وهذا أصح من أن الجهر غير مشروع وأن نهييه عليه الصلاة والسلام كان على سبيل
الشفقة عليه اذ لو كان عزيمة لما وسعه أن يقول لا أصبر عن البيع ولا كانت بياعته تلزم وعن ابن عمر
رضي الله عنهم أن منعه أن يبيع في رأسه في الجاهلية أمومة فقبلت لسانه فكان اذا بايع يخدع في البيع
فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بايع وقل لا خلافة ثم أنت بالخيار ثلاثا قال ابن عمر فسمعته يبايع
ويقول لا خلافة لا خلافة رواه الحميدي في مسنده فقال حدثنا سفيان عن محمد بن اسحق عن نافع عن ابن
عمر فذكره وعن محمد بن يحيى بن حبان قال هو حديث منقذ بن عمرو وكان رجلا قد أصابته آفة في رأسه
فكسرت لسانه فكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغيب فأثنى النبي صلى الله عليه وسلم فذكره ذلك
فقال اذا أنت بايعت فقل لا خلافة ثم أنت في كل ساعة ابتهما بالخيار ثلاثا لئلا ان رضيت فأمسك وان
سخطت فارددها على صاحبها رواه البخاري في تاريخه وابن ماجه والدارقطني هكذا ذكر في المتن ثم لو جهر
عليه القاذي فرفع ذلك إلى قاض آخر فرفع حجره وأطلق عنه جازا طلاقه لان الجهر من الاول فتوى
وليس بقضاء لان القضاء لقطع الخصومة بين المتخاصمين بالقضاء لا حدهما على الآخر ولم يوجد وقال
صاحب الهداية ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء يعني حتى يلزم لان الاختلاف
اذا وقع في نفس القضاء لا يلزم ولا يصير مجمعا عليه وإنما يصير مجمعا عليه أن لو كان الاختلاف موجودا
قبل القضاء فيبدأ كذا أحد القروان بالقضاء فلا ينتقض بعد ذلك وأما اذا كان الاختلاف في نفس القضاء
فبالقضاء يحصل الاختلاف فلا بد من قضاء آخر يصير مجمعا عليه لقضائه بعد وجود الاختلاف وهذا
معناه ولكن فيه اشكال هنا لان الاختلاف فيه موجود قبل القضاء فان محمد ارجه الله يرى بجهر بنفسه

الا نصارى الخ زجى اه
وكتب مانصه قال ابن حجر
رحمه الله في الاصابة والحاصل
أنه اختلف في القضية هل
وقعت لحبان بن منقذ أو
لا يسه منقذ بن عمرو اه
(قوله فلا بد من الامضاء)
أي حتى لو رفع تصرفه بعد
الجهر إلى القاضي الجاهر أو
إلى غيره ففقد بطلان
تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر
نفذ ابطاله لا اتصال الامضاء
به ولا يقبل النقص بعد
ذلك اه هداية (قوله
وهذا معناه) أي معنى قول
صاحب الهداية اه (قوله
فان محمد ارجه الله يرى حجره
بنفس السفه) كما سأتى
في الصفحة الآتية من
الشرح اه قال المصدر
الكبير برهان الدين الاجل
صاحب المحيط الكبير عبد
العزيز بن عمر بن أبي سهل
المعروف بماله في طريقته
المطولة الجهر على الحر العاقل
المبالغ السفه المبذور له
في الظهور والشرع غير جائز عند
أبي حنيفة وقال أبو يوسف
ومحمد يجوز ثم اختلفا
فما بين ما في أن السفه
اذا بلغ بلغ محجورا أو مطلقا
قال محمد بلغ محجورا ولا يحتاج
إلى جهر القاذي وقال أبو
يوسف يبلغ مطلقا ولا يحتاج
إلى جهر القاذي وأجمعوا على
أنه يمنع عنه المال إلى أن

السفه

السفه

يبلغ ثمان وعشرين سنة ثم اختلفوا بعد ذلك قال أبو حنيفة لا يمنع عنه ماله بعد خمس وعشرين سنة وقال أبو يوسف
ومحمد يمنع عنه مادام السفه قائما إلى هنا لفظ الطريقة اه اتقاني

(قوله حتى يحكم بجواز هذا القضاء) أي يحكم بجواز ما قاض آخر اه (قوله فقد صار بالاجازة) قال في الهداية ولهذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشدا ثم صار سفيا لا يمنع المال عنه قال الاتقاني أي ولا جل أن المنع باعتبار أثر الصبا قال أبو حنيفة اه قوله لا يمنع المال عنه أي خلافا لهما كما سيجي آخر هذه الصفحة في الشرح في قوله وعلى هذا الخلاف إذا بلغ الخ اه وقد تأتي في هذا المجزأ بعد ثلاث قولات (قوله ثم لا تأتي التفريع على قول أبي حنيفة) قال الاتقاني أراد بالتفريع الذي ذكره القسدي في مختصره بقوله فإذا باع لا ينفذ به وان كان فيه مصلحة أجازها كما هو ذلك لأن أبا حنيفة لم يرا الجوز جازا فنفذ بيع (١٩٥) السفينة أجازها كما هو أولاهم ما سارأبا

الجوز جازا ورد التفريع على قوله ما فانه قد بيع السفينة ولم ينفذ فان أجازها الحاكم نفذ كما في بيع الصبي العاقل والأفلاوان بما يحوزه إذا كان في البيع منفعة فان لم يكن في البيع منفعة بان كان فيه محاباة أو لم يكن فيه محاباة إلا أن الثمن يملك في يد المحجور فانه لا يجزيه لأنه لا منفعة للمحجور في أجازة هذا البيع لأن المبيع يزول عن ملكه بغير عن يحصل له وقت الأجازة كما أن الصبي إذا باع وفي البيع محاباة أو لم يكن فيه محاباة إلا أن الثمن الذي قبضه يملك في يده لا يجزيه القاضي ولا نظر للصبي والمحجور في الأجازة لأنه لو لم يجز لم يضمن ما هلك من الثمن لأنه قبض باذن المشتري ويحصل له المبيع ومتى أجاز يزول المبيع عن ملكه ولا يحصل له الثمن كذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه اه اتقاني (قوله ولو باع قبل حجر القاضي الخ) قال الاتقاني قال في اشارات الاسرار ثم

السفينة ولا ينفذ تصرفاته أصلا فيصير القضاء به على هذا التقدير قضاء بقول محمدرجه الله فنيا كد قوله بالقضاء بخلاف القضاء على الغائب فان الاختلاف فيه في نفس القضاء هل يجوز أم لا فعندنا لا ينفذ وعند الشافعي رجه الله يجوز فيحصل الاختلاف بالقضاء فلا يرتفع حتى يحكم بجواز هذا القضاء قال رجه الله (فان بلغ غير رشدا لم يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمس أو عشرين سنة ونفذ تصرفه قبله ويدفع اليه ماله ان بلغ المدة مفسدا) أي ان بلغ خمس أو عشرين سنة دفع اليه ماله وهذا عند أبي حنيفة رجه الله وعندهما لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه أبدا لقوله تعالى فان أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ولقوله تعالى ولا تؤنوا السفهاء أموالكم من أنفاسكم اليه ما دام سفيا وأمرنا بالدفع ان وجد منه الرشد إذا لا يجوز الدفع اليه قبل وجوده ولأن منع ماله له السفه فيبقى المنع ما بقيت العلة لأن الحكم يدور معهما ولا يبي حنيفة رجه الله قوله تعالى وآتوا اليتمحى أموالهم ولا تبتدلو الخبيث بالطيب والمراد به بعد البلوغ سمي يقيم القربه منسه ولأن أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا فقد رناه بخمس وعشرين سنة لأنه حال كماله وقدرى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ينتهى لب الرجل إذا بلغ خمس أو عشرين سنة وقال أهل الطبائع من بلغ خمس أو عشرين سنة فقد بلغ رشده ألا ترى أنه قد بلغ سننا تصور أن يصير جدا لأن أدنى مدة يبلغ فيها الغلام اثنتا عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر ثم الولد يبلغ في اثنتى عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر فقد صار بذلك جدا حتى لو بلغ رشدا ثم صار مبذرا لم يمنع منه ماله لأن هذا ليس بأثر الصبا فلا يعتبر في منع المال ولأن منع المال عنه على سبيل التأديب عقوبة عليه والاشتغال بالتأديب عند رجا التأديب فإذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجا التأديب فلا معنى لمنع المال بعده والمراد بما نأمنه الآية الأولى منع أموالنا لأموالهم على ما بينا من قبل والآية الثانية فيها تعليق بالشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند عدم الشرط على أصلنا على ما عرف في موضعه ثم لا تأتي التفريع على قول أبي حنيفة رضى الله عنه وانما تأتي على قول من يرى الحجر فنهدهم ما إذا باع لا ينفذ به لان فائدة الحجر عدم النفوذ وان كان فيه مصلحة أجازها الحاكم لان تصرفه موقوف لاحتمال أن يكون فيه مصلحة فإذا رأى الحاكم فيه مصلحة أجازها والارده كتصرف الصبي والمعتوب بل أولى لأنه مكاف عاقل ينفذ تصرفه فيما يضره كالأعتاق والطلاق ولو باع قبل حجر القاضي عليه جاز عند أبي يوسف رجه الله لأن السفه ليس بشئ محسوس وانما يستدل عليه بالغبون في تصرفاته وذلك محتمل لأنه يجوز أن يكون للسفهاء ويجوز أن يكون عملة منه لاستحلاب قلوب المجاهزين فإذا تردد لا يثبت حكمه إلا بقضاء القاضي بخلاف الجنون والصغر والتهمة ولأن الحجر بالسفهاء مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت حكمه إلا بالقضاء عزلة الحجر بسبب الدين ولأن الحجر عليه نفسه متردد بين الضر والنفع لأن أعمار أهليه تضر رعايه وبقضاء ملكه نظرا فلا بد من القضاء ليرجع أحد الجانبين على الآخر وعند محمد لا يجوز لأن علة الحجر السفه وقد تحقق في الحال فيترتب عليه موجه بغير قضاء كالمصا والجنون

عند محمد يصير محجورا بدون القضاء لأن علة الحجر السفه وهي متحركة وقال أبو يوسف يتوقف على القضاء لأنه بين سفه ورشد لا يكاد يرى جميع الأحوال ولكن في حال دون حال فيتوقف على انضمام القضاء اليه والفرق محمد بين حجر السفه حيث لا يتوقف الى قضاء القاضي وبين حجر المديون حيث يتوقف الى قضاء القاضي هو أن حجر السفه لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغير فأشبهه بالجنون وعتة به حجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء فكذا هنا فأما الحجر بسبب الدين فليس له معنى فيه بل لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم بتصرفه فيتوقف على قضاء القاضي لأن له ولاية عليه فيعمل بحره اه (قوله لاستحلاب قلوب المجاهزين) بالزاي اه

(قوله وعلى هذا الخلاف الخ) يعني ان عند محمد بن حنبل وعنده أبي يوسف لا ينجح مالم يقض القاضي اه غايه هذه القوله التي نهينا عليها عند قوله فقد صار بذلك جدا وذلك قبل ثلاث قولات (قوله وان أعتق عبدا عتق عندهما) قال الاتقاني وانما خص صاحب الهداية قول أبي يوسف ومحمد (١٩٦) لانه فترع على أصلهما لا على أصل أبي حنيفة لان عند أبي حنيفة اعتناق

السفيه كاعتناق المصلح
لا سيما على العبد عنده
لان الجحر على السفيه المكلف
باطل عنده وانما السعيه
عليه عنده ما قلنا قال
نفذ عتقه عندهما وكان
على العبد أن يسعي في قيمته
ووجوب السعيه عليه
عندهما ظاهر الرواية عنهما
كذا ذكره الامام الاسيحي في
شرح الطحاوي ثم قال
ذكر الطحاوي عن محمد
الرجوع عن ذلك وقال ان
العبد يعتق من غير سعيه
ثم قال وهذا غير ظاهر اه
اتقاني (قوله يسعي في
قيمه عنده محمد وهو قول
أبي يوسف الاول) وفي قول
أبي يوسف الاخير وهو رواية
عن محمد لا سيما موافق
لما سعي عليه في المبط
كأنه عليه الكافي اه
(قوله لا تجب عليه السعيه
مادام المولى حيا) أي لانه
لا يمكن ايجاب السعيه على
عبد له لعدم الفائدة لانه
لو سعي له سعي له من كسبه
وكسبه له اه اتقاني
(قوله فعليه السعيه في
قيمه مدبرا) أي لورثته

والجامع أن الجحر لمعنى في نفسه والقضاء يكون عند الخصومة ولا خصومة لاحد هنا بخلاف الجحر بسبب
الدين لانه لمعنى لا يتوى مال الغرماء وهم لا ولاية لهم عليه حتى ينعوه وللقاضى عليه ولاية
فيتوقف على قضائه لتوقفه على طلبهم ألا ترى أنهم لم يطلبوا ذلك أو برؤيه أو وفاههم حقهم لا ينجح
عليه وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان أعتق عبدا عتق عندهما وقال الشافعي رحمه
الله لا يعتق وهذا بناء على الاختلاف في كيفية جحره وعندهما هو كالهزل فان الهزل يخرج كلامه
على غير نزع العقل لقصدا لا لقصدا لا تباع الهوى ومكابرة العقل لانه نقصان في عقله فكذلك السفيه يخرج كلامه
في التصرفات على غير نزع كلام العقل لا تباع الهوى ومكابرة العقل لانه نقصان في عقله فكذلك كلام
لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفيه وكل تصرف يؤثر فيه الهزل وهو مما يحتمل الفسخ يؤثر فيه السفيه
والعتق لا يؤثر فيه الهزل فينفذ من السفيه وعنده الشافعي الجحر بسبب السفيه بمنزلة الجحر بالرق حتى
لا ينفذ بعد الجحر شيء من تصرفاته سوى الطلاق كالعبد واذا نفذ عندهما فلهي العبد أن يسعي في قيمته
عند محمد وهو قول أبي يوسف رحمه الله الاول لان الجحر على السفيه كالجحر على المريض فانه لا جل النظر
لغرمائه وورثته ثم هنالك اذا أعتق عبدا وجب عليه السعيه لغرمائه أو لورثته في ثلثي قيمته ان لم يكن عليه
دين ولا مال له غيره لان الرد واجب لمعنى النظر وتعذر دعيته فيجب نقضه معنى بايجاب السعيه فكذلك
هنا وفي قول أبي يوسف الاخير وهو رواية عن محمد رحمه الله ليس عليه سعيه لانه لو سعي يسعي لمعتقه
والمعتق لا تلزمه السعيه لمعنى النظر وتعذر دعيته فيجب نقضه معنى بايجاب السعيه فكذلك
التدبير يوجب حق العتق للتدبير فيقيمة العتق الا أنه في التدبير لا تجب عليه السعيه مادام المولى
حيا لانه بسد صحة التدبير مال مملوك للمولى فيستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه باق على
ملكه والمولى لا يستوجب على عبده دينا فتمتد ايجاب النقصان عليه ألا ترى أنه لو دبر عبده بمال وقبل
العبد صح التدبير ولم يجب عليه المال فان مات المولى ولم يؤنس منه الرشيد سعي في قيمته مدبرا لانه يموت
المولى عتق ولانه أعتقه في حياته فعليه السعيه في قيمته مدبرا لان العتق لا قام مدبرا كالأعتقه بعد
التدبير وان جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والامة أم ولد له لان في الحاقه بالمصلح
في حق الاستيلاء دون النظر لاحتياجه الى ذلك لا بقاء نفسه وصيانة مائه ويلحق في هذا الحكم بالمريض
المدون اذا ادعى نسب ولداً أمته كان هو في ذلك كالصحيح حتى انما يعتق من جميع ماله بموته ولا تسعي هي
ولا وادعاه في شيء لان حاجته مقدمة على حق الغرماء بخلاف مالوا أعتقها من غير أن يدعى الولد ولو لم يكن
مهاولداً فقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها فان ماتت سعت في كل قيمتها بمنزلة المريض
اذا قال لامته وليس معها ولده هذه أم ولدي وهذا لانه اذا كان معها ولده فموتت نسب الولد بمنزلة الشاهد
لها في ابطال حق الغير وكذا في رفع حكم الجحر في تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد لان الشاهد لها
فأقراره لها بحق العتق بمنزلة الاقرار لها بحقيقة العتق ولا يقدر على بيعها بعد ذلك وتسعي في قيمتها بعد
موتها كالأعتقها في حال حياته وان تزوج امرأته جازن كاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفيه فان
سعى لها مهر اجاز منه مقدار مهر مثلها وبطل النفل لان التزوج من حوائجه الاصلية ومن ضرورة صحة
النكاح وجوب المهر فيلزم منه قدر مهر المثل لانه من ضرورات صحته وما زاد عليه يلزمه بالتسمية وهو
ليس من أهل التزام المال وان طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المسمى لان التسمية صحيحة في مقدار

لانه صار معةقاً ايها وهو مدبر بالكلام السابق وكذلك ان أعتقه بعد التدبير اه اتقاني (قوله وكان الولد حراً) أي في مهر
غير سعيه اه غايه (قوله وبطل النفل) وهذا على مذهبهما لان عند أبي حنيفة تصرف السفيه الجحر عليه كنصرف المصلح فلا
يبطل النفل اه اتقاني

(قوله أو تزوج كل يوم واحدة فطلقها) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي وجه هذا يبطل مذهبهم بما فيه نكاحه في هذا ويتصور السفه عادة من هذا الوجه ومع ذلك لا يحجر ان عليه ثم قال لكنهما يقولان السفه ليس بعناد بهن هذا الطريق لان السفه المعتاد ما يحصل به نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا وليس في الطلاق قبل الدخول على وجه لا يحصل اليه لذة أو راحة غرض وبعد الدخول ان تحقق غرض لكنه محصور لا يتصور له المجاوزة عن حده والسفه مجاوزة عن الحد في كل باب أو يقال بأنه لا يمكن رده به نذر السفه لان طريق رده أن يلحقه بالهزل والهزل والحد في هذا سواء اه اتقاني (قوله الا أن القاضي الخ) قال الاتقاني الا أنه لا يدفع الزكاة الى السفه حتى يؤدي بنفسه لانه ربما يفسد ذلك ولا يصرفه الى الفقراء ولكن يدفعه الى أمينة ثم يأمره المحجور بأن يصرفه الى الفقراء لان الزكاة لا تتأدى من غيرية اه (قوله ويبعث القاضي) الذي بخط الشارح ويدفع القاضي اه (قوله ويسلم القاضي النفقة) أي نفقة ولد السفه وزوجته ومن يجب عليه نفقته اه (قوله ويكفر عيته وغيرها بالصوم) يصوم عن كل يوم ثلاثة أيام متتابعات اه غاية وكتب مانعه قال الاتقاني رحمه الله ثم عندهم الوظاهر هذا المفسد من امر أنه أجزأه الصوم لانه بمنزلة الغائب عن ماله ولو أعتق عبده عن ظهار سعى الغلام في جميع قيمته لان اعتاقه من حيث انه انلاف ماله واجب النقص ثم لا يحجز به عن ظهاره لانه يكون اعتاقا به عوض وكذلك عليه كفارة القتل بالصوم لما قلنا ألا ترى أن المريض المصلح لو أعتق عبده (١٩٧) عن ظهار أو قتل ولا مال له غيره

ثم مات في مرضه سعى الغلام في ثلثي قيمته ولم يحجزه عن الكفارة للسعاية التي وجبت كذا اه اذا فان صام المفسد أحد الشهرين ثم صار مصلحا لم يحجزه الا اعتق بمنزلة مفسر أيسر لانه لا يمنع عنه ماله حينئذ فصارت رادرا على الاعتاق بلا سعاية قبل حصول المقصود بما جعله خلع في الكفارة فبطل حكم الخلف كذا في شرح الكافي اه (قوله بل يسلمها الى ثقة) وهذا كما قال في ذكاة المال انه يجب على السفه الا أن

مهر المثل وكذا الزوج أربع نسوة أو تزوج كل يوم واحدة فطلقها وتخرج الزكاة من مال السفه وينفق عليه وعلى ولده وزوجته ومن يجب عليه نفقته من ذوى أرحامه من ماله لان احياء ولده وزوجته من حوائجه الاصلية والانفاق على ذى الرحم المحرم واجب عليه حقا لقربا به والسفه لا يبطل حقوق الناس ولا حقوق الله تعالى الا أن القاضي يدفع اليه قدر الزكاة ليفترقها بنفسه على الفقراء لان الواجب عليه الاتياء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنية ويدفع القاضي معه أمينا كي لا يصرفها الى غير المصرف ويسلم القاضي النفقة الى أمينة لا يصرفها الى مستحقها لانه لا يحتاج فيها الى النية فاكتفى فيها بفعل الامين ولو حلف وحنث أو نذر نذر من هدى أو صدقة أو ظاهرا من امر أنه لا يلزمه المال ويكفر عيته وغيرها بالصوم لانه ما يجب بفعله ولو فتح له هذا الباب لبذر أمواله بهذا الطريق بخلاف ما يجب ابتداء بغيره وان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة بايجاب الله تعالى ابتداء وليس له فيها صنع وفي الفراغ هو ملحق بالمصلح اذ لا تهمه فيه ولا يسلم القاضي النفقة اليه بل يسلمها الى ثقة من الخراج ينفقها عليه في الطريق بالمعروف كي لا يبذر ولا يسرف ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسنانا والتماس أن يمنع لانها تطوق فصارت كالخج تطوعا وجه الاستحسان أن الواجبة عند بعض العلماء فيمكن منها احتياط بخلاف ما زاد على حجة واحدة ولا يمنع من القرآن لانه اذا لم يمنع من انشاء السفر لكل واحد منهم ما على الافراد فلان لا يمنع من الجمع بينهما في سفر واحد والمؤنة تنقل فيه أولى وأحرى ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف فان ابن عمر رضي الله عنهما لا يجوز الا البدنة وان جنى في احرامه

الحا كم لا يعطيه الزكاة حتى يؤدي بنفسه كي لا يفسد ذلك فيقول ضاع مني فيطلب آخر ثم وثم حتى يأتي على ماله ولكن يدفع الى أمينة حتى يعطى الفقراء بأمره فكذلك هذا اه اتقاني (فرع) قال الاتقاني ثم لا يصدق السفه في اقراره بالنسب اذا كان رجلا الا في أربعة أشياء في الوالد والولد والزوجة ومولى العتاقة لان السفه فيه والمصلح في حق اثبات النسب سواء المصلح انما يصدق في اقراره بالنسب في الاربعة التي ذكرنا لانه يقر على نفسه فاما فيما عدا ذلك فلا يصدق لانه تحمیل النسب على الغير فكذا هذا وان كانت المفسدة امرأتانها تصدق في ثلاثة أشياء بالوالد والزوج ومولى العتاقة ولا تصدق في الولد لانه تحمیل النسب على غيره في الولد وهي المصلحة في ذلك سواء ثم اذا صدق في اقراره في حق هؤلاء ان ثبت عسر هؤلاء بالبينه فانه يجب النفقة في ماله وان لم يثبت عسرهم بالبينه ولكن السفه أقر بعسرهم فانه لا تجب النفقة وذلك لان نفقة الاقارب انما تستحق بالقرابة والعسر فيضاف الاستحقاق الى آخره ما ثبتوا عسرهم ثباتا أو آخره ما ثبتوا بالنسب فيكون مقرا بالنسب لا بالمال على نفسه واقاراه بالنسب جائزا اذا أقر بالعسر بعد النسب يكون وجوب النفقة مضافا الى العسر واذا كان مضافا اليه فقد جعل مقرا بايجاب مال على نفسه لا بالنسب فلا يصدق وكذلك ان أقر المرأة بنفقة ماضى لم يصدق الا بينة لان نفقة المرأة لا تصير دينيا فيما مضى الا بقضاء أو رضا ولم يعرف ذلك الا بقوله فيصير مقرا بايجاب دين على نفسه فلا يصدق الا أن تقوم على ذلك بينة لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معانسة كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اه

(قوله قال محمد بن عيسى بن عذرة الصبي الخ) قال الاتقاني وقد اشتغل محمد بن عيسى بن عذرة في كتاب الجبر إلى آخر الكتاب بالتفريع على مذهبه فقال هو بمنزلة الصبي الذي لم يبلغ إذا باع أو اشتري فأجازها كما يجوز وما لا فلا لأن تصرفاته ليست بمطاعة بل هي موقوفة لا عقل وقوعها مصلحة فإذا رأى القاضي وقوعها مصلحة يجزئها ولا يرتدها بمنزلة الصبي الذي يعقل إلا أنه يشاركه في خصال أربعة لا يجوز لوصيه ولا لبيه أن يبيع عليه ماله ولا يشتري له إلا بأمر الحاكم وفي الذي لم يبلغ يملك ذلك وصيه وأبوه وهذا عندنا وقال الشافعي يملك عليه وبيعه التصرف لأن الولاية للقريب فإن لم يكن فلا القاضي فمقول أن الولاية تثبت على العاقل وهذا قادر ولكن مع قدرته يمنع من التصرف تأديبا وتشفيقا وولاية التأديب تكون للقضاة والخصلة الثانية إذا اعتق عبدا أجازا عتاقه ويسمى في قيمته وكذا الولد بره يصح تدبيره ولومات عنه يسمى في قيمته مديرا وعتاق الذي لم يبلغ (١٩٨) لا يصح أصلا لعدم أهليته والخصلة الثالثة أن وصايا الغلام الذي قد بلغ مفسدا من

التدبير وغيره باطله قياسا ولا يمكن استحسن أن ما وافق الحق منها وما تقرب به إلى الله تعالى وما يكون في غير وجهه الفسق جائزا كما تجوز وصية غيره وما يكون سفها لا يجوز وأما وصايا الذي لم يبلغ لا تجوز أصلا لأن فساد ذلك لعدم الأهلية وفساد هذا السفه فوافق الحق لا يوصف بالسفه فينفذ وما خالفه يرد والخصلة الرابعة إذا جاءت جارية بولد فادعاه بثبت نسبه وكانت الجارية أم ولده فإن ماتت كانت حرة لا سبيل عليها بخلاف الذي لم يبلغ لأنه ليس من أهل البلاد كذا ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الأسدي في شرح الكافي فأما شيخ الإسلام خواهرزاده ذكر في مبسوطه من جملة الخصال الأربع النكاح والطلاق فقال يجوز نكاح السفه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل

ينظر إن كان جنابة يجزى فيها الصوم كقتل الصيد والخلق عن أذى ونحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وإن كان جنابة لا يجزى فيها الصوم كالخلق من غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات فإنه يلزمه الدم ولكن لا يمكن من التكفير في الحال بل يؤثر إلى أن يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذي لا يجد مالا أو العبد المأذون له في الإحرام وكذا لو جامع امرأة بعد الوقوف بعرفة يلزمه بدنة ثم تأخر إلى أن يصير مصلحا وإن أوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله إن كان له وارث وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز وصيته كما في تبرعته حال حياته وجه الاستحسان أن الجبر عليه لم ينفذ النظر له كي لا يلف ماله ويبقى كالا على غيره وذلك في حياته فيما يلف جميع ماله لا فيما ينفذ من الثلث بعد وفاته حال استغنائه عن ماله وفيها ما فهم من الثواب الجزيل والذي كره بعد وفاته بالجيل هذا إذا كانت الوصية منه موافقة لوصايا أهل الخير والصالح نحو الوصية بالحق أو للسالكين أو بشئ من أنواع البر التي تقرب بها إلى الله تعالى ويستحسنه المسلمون كالوصية ببناء المساجد والأوقاف والقناطر والجسور وأما إذا أوصى بوصايا يستعجبها المسلمون فلا ينفذ قال محمد بن عيسى بن عذرة الصبي الذي أربعة أحدها أن تصرف الوصي في مال الصبي جائز وفي مال المحجور عليه باطل والثاني أن اعتاق المحجور وتدبيره موطا لاقه ونكاحه جائز ومن الصبي باطل والثالث المحجور عليه إذا أوصى بوصية جازت وصيته من ثلث ماله وعن الصبي لا تجوز والرابع جارية المحجور عليه إذا جاءت بولد فادعاه بثبت نسبه منه ومن الصبي لا يثبت قال رحمه الله (وفسق) أي لا يحجر عليه بسبب فسق وهو معطوف على قوله لا بسفه وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه بسبب فسق زجراله وعقوبة عليه كالسفيه عنده فإنه يحجر عليه زجراله وعقوبة إلى أسراره والفسق أولى بذلك ولهذا لم يجعله أهلا للولاية والشهادة وعندهما حجر السفيه للنظر له حياته لئلا يفسق مصلحه لئلا يدخل تحت قوله تعالى فإن أنتم منهم مشركون فادفعوا إليهم أموالهم لأن رشد أسكرة في سياق الشرط فتتناوله الآية لأن الرشد المذكور في الآية الإصلاح في المال دون الإصلاح في الدين والاعتقاد ألا ترى أن الكافر لا يحجر عليه وأي فسق يكون أعظم منه ولو كان الفسق موجبا للحجر لجرح النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده على الكافر إذ هو أعظم وجوه الفسق ولا يخفى على أحد فساد هذا القول قال رحمه الله (وعقولة) أي لا يحجر على العاقل بسبب عقلة وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكنه لا يمتد إلى التصرفات الراجعة في بيعاته الإسلامية قلبه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمه الله يحجر عليه كالسفيه

ويجوز طلاق السفه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولم يذكر الوصايا وأدعاء الولد فعلى هذا تكون الخصال التي افترق فيها صيانة السفه والصبي ستة أه (قوله ومن الصبي لا تجوز) قال قارئ الهداية ومن خطه نقلت فيه نظر على ما ذكر في المبسوط لكن ما ذكره الشارح موافق لما ذكر في كتب الأصول من عدم صحة وصيته عندنا خلافا للشافعي رحمه الله أه ما نقلته من خط قارئ الهداية وقال في معراج الدراية ثم أعلم أن عندنا كما نصح وصايا المحجور بالسفه تجوز وصايا الصبي إذا عقل ما يصنع فهم مساواة في التصرفات الأربعة موضع منها أنه يجوز للاب ولو وصيه أن يتصرف في مال الصبي بالبيع والشراء ولا يجوز في حق السفه البالغ وثانها أنه يجوز نكاح السفه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل بلا إذن وثالثها أن طلاق السفه وعقاقه يصح وفي الصبي العاقل لا يصح ورابعها يصح للسفيه تدبير عبده والصبي العاقل لا يصح الكل من المبسوط والمغنى أه

صيانة لاله ونظره ألا ترى أن أهل منقذ طلبوا من النبي صلى الله عليه وسلم أن يحجر عليه فأقرهم
على ذلك ولم ينكر عليهم ولم يكن الحجر مشروعا لأنكر عليهم قلنا الحديث دليل لنا لأنه عليه الصلاة
والسلام لم يحجمهم إلى ذلك وإنما قال له قل لا خلافة الحديث ولو كان الحجر مشروعا لأجابهم إليه وقولهم
لم ينكر عليهم قلنا النبي لا يحاط بالعلم وأما أنه أنكر عليهم إلا أنه لم ينقل اليأس وعدم النقل لا يدل على عدم
الوقوع فكهم من واقعات لم تنقل اليأس بل الظاهر أنه أنكر عليهم وما نقل اليأس من عدم إجابته ومخالفته لهم
بالفعل دليل عليه قال رحمه الله (ودين وإن طلب غرماؤه) أي لا يحجر عليه بسبب دين ولو طلب
غرماؤه الحجر عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن في الحجر أهدار أهليته وإخلافه بالبهائم وذلك ضرر
عظيم فلا يجوز إخلافه به لدفع ضرر خاص ولا يتصرف الحاكم في ماله لأنه حجر عليه ولأن البيع لا يجوز
إلا بالتراضي بالنص فيكون باطلا قال رحمه الله (وحبس لبيع ماله في دينه) لأن قضاء الدين واجب
عليه والمماطلة ظلم فيجوز له المماطلة أيضا للحق إلى مستحقه ولا يكون ذلك إكراهًا على البيع
لأن المماطلة من الحبس الحاصل على قضاء الدين بأي طريق كان إن شاء ببيع ماله وإن شاء بسبب آخر فلا
يكون ذلك إكراهًا على البيع عينا وقال إذا طالب غرماء المفسس الحجر عليه حجر عليه القاضي وباع ماله إن
امتنع من بيعه وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ومنعه من تصرف بغير الغرماء كالأقرار وبيعه بأقل
من قيمته لما روي أن معاذ أركبه دين فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه
بالحصص ولأن في الحجر عليه نظرا للغرماء كي لا يلحق بهم الضرر بالأقرار والتجئة وهو أن يبيعه من
انسان عظيم لا يمكن الاتزاع منه أو بالأقرار له ثم يتفجع به من جهة على ما كان وإن البيع واجب عليه
لا يفاء دينه حتى يحبس عليه فإذا امتنع نائب القاضي منابه كما في الحبس والعنة والاياعن الاسلام قلنا
التجئة صوغ موهمة والواجب عليه قضاء الدين والبيع ليس بطريق معين لذلك بخلاف الحبس والعنة والاياء
لأن الواجب عليه الاسلام بالمعروف أو بالتسريح بالاحسان فإذا امتنع الاسلام بالمعروف تعين الآخر
والبيع غير متعين لقضاء الدين فلا ينوب القاضي فيه منابه كالمدين إذا كان معسرا فإن القاضي لا يؤجره
ليقتضي من أجرته الدين أو كانت امرأته لا يزوجه ليقضي دينها من مهرها والحبس ليقضي الدين من أي
طريق شاء من استقراض وإتباب وسؤال صدقة وبيع ماله بنفسه لا يبيع فقط ولأن بيع ماله لو جاز
للقاضي إجازته حبسه لأن فيه إضرارا به عذيب المدين وتأخير حق الطالب بلا فائدة فيكون ظالما
وبيع النبي صلى الله عليه وسلم ماله معاذ كان باذنه استهان بالنبي صلى الله عليه وسلم والدليل عليه أن
بيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى ولا ينظر بمعاذ أنه خالف أمر النبي صلى الله عليه وسلم حاشاه ولأن من
شرط جواز البيع التراضي لقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن
راض منكم ولم يوجد الرضا فكان فعل الحاكم باطلا وقال عليه الصلاة والسلام لا يحمل مال امرئ
مسلم إلا بطيب نفس منه ونفسه لا تطيب بفعل الناسي بغير رضاه فصارت كالأجارة والتزويج على ما ذكرنا
قال رحمه الله (ولو ماله ودينه دراهم قضى بالأمره) وكذا إذا كان كلاهما دنانير لأن الدائن أن يأخذ
بيده إذا ظفر بجنس حقه بغير رضا المدين فكان للقاضي أن يعينه قال رحمه الله (ولو دينه دراهم وله
دنانير أو بالعكس بيع في دينه) وهذا بالاجماع أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى
فاستحسن والتمس أن لا يجوز للقاضي بيعه لما ذكرنا أن هذا الطريق غير متعين لقضاء الدين فصارت
كالعروض ووجه الاستحسان أنهم ما امتدان جنسا في الثنية والمالية ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر
في الزكاة مختلفان في الصورة حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلا نه لا يجري بينهما بالفضل
لاختلافهما فبالنظر إلى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن
ولاية الأخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لأن الأغراض تتعلق بصورها وأعيانها وليس للقاضي

(قوله لأن قضاء الدين واجب
عليه) وإن كان له عقار
حبس لبيعه وإن كان لا
يشترى إلا بثمن قليل أه
قنية (قوله وقال إذا طالب
غرماء المفسس الخ) ولا يعمل
الحجر فيما يحدث من المال
بخلاف الحجر بسبب السفه
حيث يعم الوجود والحادث
أه فتاوى عمر تاش في القضاء
(قوله وهو أن يبيعه) أي
بيع التجئة أه اتقاني
قال المطرزي التجئة أن
يلجئك أي يضطرك ويكرهك
أمر إلى أن تأتي أمر باطنه
مخلاف ظاهره أه اتقاني

(قوله ويترك عليه دست) أي

بدلة أه والدست لفظ فارسي

استعمله فقهاء بخاري ومرفق

في كتبهم أه اتقاني (قوله

وقيل يترك له دستان) نقل

الاتقاني عن الفتاوى الصغرى

المختارة أن يبقى له دستين من

التياب ثم قال وقال الصدر

الشهيد في شرح أدب القاضي

وقال بعضهم يترك دستا

من الثياب ويبيع الباقي

وهو مختار شمس الأئمة الحلواني

وقال بعضهم يترك دستين

وهو اختيار شمس الأئمة

السرخسي أه (قوله لزمه

ذلك بعد قضاء الديون) قال

في شرح الاقطع وهذا على

قولهما أه اتقاني (قوله

بخلاف ما إذا استهلك) أي

المحجور الدين أه (قوله بل

يحبس حتى يظهر للقاضي

الح) وإذا قامت البينة على

افلاس المحبوس لا يشترط

لسماعها حضرة قرب الدين

لكنه إذا كان حاضرا أو

وكيله فالقاضي يطلقه

بحضرة وان لم يكن حاضرا

يطلقه بكفيل أه فقيه

(قوله بل يلزمونه الح) ومن

عليه دين مؤجل لا يمنع من

السفر وان قرب حلوله أه

مستدل (قوله ولكن له أن

يلزمه الح) قال في الواقعات

رجل قضى عليه بحق لئسان

فأمر غلامه أن يلزم

الغريم فقال الغريم لا أجلس

معه بل أجلس مع الذي

فله ذلك لأنه لا بد من العمل

بالجلوس مع العبد فيكون

الحاق انضرب بعضهم منع غرضه في ملكه وأما النقود فوسائل لان المقصود فيها المسالمة دون الدين فافترقا قال رحمه الله (ولم يبيع عرضه وعقاره) أي لا يبيع القاضي عرض المدين وعقاره وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ما يبيع وقد بيناه ثم عندهما يبدأ القاضي ببيع النقود لانها ممتدة للقلب ولا ينتفع بهن فيكون بيعها أهون على المدين فانه فضل شيء من الدين باع العروض لانها قد تعدل للقلب والاسترباح فلا يلحقه كغير ضرر في بيعها فان لم يف منها بالدين باع العقار لان العقار يعدل لقتناء فيلحقه ضرر ببيعها فلا يبيعه الا عند الضرورة وهذا نظير صرف الدين الى أموال الزكاة فانه يصرف أولا الى النقدين ثم الى العروض ثم الى الأهلون فالأهلون قضاء وهذا الذي ذكره هو إحدى الروايتين عنهما وقال بعضهم يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى عليه التلف منه ثم يبيع العقار فالخاسل أن القاضي نصب ناظر فينبغي له أن ينظر الى المدين كما ينظر الى الدائن فيبيع ما كان أنظر اليه ويبيع ما يخشى عليه التلف أنظر له ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لانه كفاية وقيل يترك له دستان لا تغل غل ثيابه لابتدائه من ملابس وقالوا اذا كان للدين ثياب يلبسها ويكتفي بدون ذلك فانه يبيع ثيابه ويقضى الدين ببعض ثمنها ويشترى بمباقي ثوبه يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجميل وعلى هذا اذا كان له مسكن ويملكه أن يجتزئ بمادون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضى ببعض ثمنه الدين ويشترى بالمباقي مسكنا يملكه وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله يبيع ما لا يحتاج اليه في الحال حتى يبيع البدن في الصيف والقطع في الشتاء وان أقر في حالة الجور بمال لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الأولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار به لغيرهم بخلاف ما اذا استهلك ما لا لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك لانه فعل حسي والجور لا يصح في الأفعال الحسية وهو شاهد فشاركهم لا انتفاء التهمة بخلاف الاقرار لان اعتباره شرعي فأمكن الجور فيه ولانه غير شاهد فيجتمل أن يكون كذا فإقراره بالتهمة حتى لو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه أو بشهادة الشهود وشارك الغرماء ولو استفاد ما لا آخر بهذا الجور فإقراره فيه لان الجور ثبت لصيانة محل قضاء حق الغرماء وحقهم تعلق بالمال القائم في يده وقت الجور لا بالمستفاد بعده ويتنق على المدين المحجور وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه من ماله لان حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء قال رحمه الله (وإفلاس) أي لا يحجز عليه بسبب الإفلاس بل يحبس حتى يظهر للقاضي أنه لا مال له فاذا ظهر له ذلك أخرجه من الحبس وقد ذكرنا الحبس وما يحبس فيه من الديون وكيفية الحبس وقدره وبدين من يمس في كتاب القضاء ثم اذا أخرجه من الحبس لا يحول بينه وبين غرمائه بعد الإخراج بل يلزمونه عند أبي حنيفة رحمه الله لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق اليد واللسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي وبأخذ ديون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص لا استواء حقوقهم في القوة ولو قدم البعض على البعض في القضاء جاز لانه تصرف في خالص ملكه ولم يتماق لاحد حق في ماله وانما حقه في ذمته فله أن يؤثر من شاء من غرمائه ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة وذلك الى فتاوى النسفي ولا يمنعونه من التصرف والسفر حالة الملازمة ولا يجلسونه في مكان لانه حبس بل يدور هو حيث شاء ويدورون معه لانه بذلك يتمكن من التحصيل لقضاء الدين والحبس غير مستحق عليه بعد إخراجهم منه ولو دخل داره لحاجة قال في الهداية لا يقبضه بل يحبس على باب داره الى أن يخرج لان الانسان لا بد أن يكون له موضع خلوة وقال في الزيادات اذا لم يأذن له في الدخول يحبس على باب الدار ويمنعه من الدخول كي لا يخشى أو يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة وقال في النهاية ليس لصاحب الحق أن يمنع المزموم أن يدخل في بيته لغسل أو غداء الا اذا أعطاه الغداء أو أعذاه موضعا آخر لاجل الغسل فله أن يمنع من ذلك حتى لا يهرب وفيه إذا كان عمل المزموم سقي الماء ونحوه ليس لصاحب الحق أن يمنع من ذلك ولكن له أن يلزمه أو يلزمه نائبه أو أجيده أو غلامه الا اذا

كفاه نفقة عياله وأعطاه خفيته كان له أن يمنع عن ذلك لأنه لا ضرر على المأزوم في هذه الصورة
وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله إذا فلسه الخ كمال بينه وبين غرمائه إلا أن يقيموا البيعة أن له ما لا يقوله
تعالى وأن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وقد ثبتت عسرة فهو جيب انظاره قلنا دينه ثابت في ذمته
وذلك يجوز متابعتها والآية توجب الانتظار إلى الميسرة ونحن نقول به لأنه لا يطالب به بشئ من حقه حتى
يثبت أنه قد حصل له مال وانما يلزمه لئلا يأخذ ما يحصل له من المال لأن المال غادر رافع فيمكن أن يحصل له
في كل ساعة وفي كل لحظة والملازمة لا تنافي النظر إلى الميسرة ولأن وقوف الشهود على عدم المال
لا يثبت حقيقة إذا عدم لا يحاط بالعالم وانما يثبت بالاستدلال على ظاهر حاله فيمكن أن يكون له مال
قد أخفاه عن الغرماء لأن كثيرا من الناس يتزبون بزي الفقراء وهم أغنياء فيلزمونه لاحتمال أن يظهر
لهم ماله وقوله إلا أن يقيموا البيعة أن له ما لا يشارة على أن بيعة اليسار ترجح على بيعة الاعسار لأنها
أكثر إثباتا لانها تشهد بالوجود والآخرى بالنفي فالبيعة المثبتة أولى من النافية وكان ينبغي أن لا تقبل
النافية أصلا لما ذكرنا لكن قبلت استحسانا بعد الجبس لأجله لأنها توجب بالانضمام إلى الجبس
طما يثبت القلب فتقبل فيه احتياطا وإن قالوا إنه كثيرا يقال ضيق الجبال كان شهادة بالاثبات فتقبل
بالاشبهة وفي النهاية قال محمد رحمه الله لا تدعى أن يجبهه في مسجد حجه وإن شاء في بيته لأنه رعايطوف به
في الأسواق والسكنى من غير حاجة وفي ذلك ضرر لا تدعى وفي رواية أخرى عنه لصاحب الحق أن يلزم
مد يونه المفسر حيث أحب من المصير وإن كان المأزوم لا يعيش له إلا من كتيده لم يكن له أن يمنع من
الذهاب ومن أن يسهى في مقدار قوته يوما فيوما فإذا اكتسب ذلك في يومه فله أن يمنع عن الذهاب في ذلك
ويجبهه قال هشام رحمه الله سألت محمد رحمه الله عن رجل أخرج من الجبس على تغليس فرأى محمد
الملازمة مع التغليس وأشار إلى المعنى فقال له هل عنده شيء لأعطي له فقال هشام قلت له فإن كانت
الملازمة أقصر بعيماله وهو ممن يمسك تسب في سقي الماء في طوفه قال أمر صاحب الحق أن يوكل غلاما له
يكون معه ولا أمنه عن طلب قدر قوت يومه ولعمري ذلك أن كان يعمل في سوقه قال صاحب الهداية
ولو اختار المطارب الجبس والطالب الملازمة فالتحيز إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود واختياره
الاضيق والأشق عليه إلا إذا علم القاني أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخول
داره وحده فحينئذ يجبهه دفعه بالضرر عنه وهذا الذي ذكره يستقيم قبل الجبس وبعد لا يستقيم
لأنه لا يجبهه مرة أخرى بعدما أخرج من الجبس وكان الكلام فيسه ولو كان الدين لرجل على امرأة
لا يلزمها الساقط من الخلو بالاجبة لكن يثبت امرأته أمينة فلازمها قال رحمه الله (وإن أفلس
مبتاع عين فباعه أسوة الغرماء) أي لو اشترى متاعا فأفلس والمتاع قائم في يده فالذي يباعه المتاع أسوة
الغرماء فيه مراده بعد قبض المشتري المتاع باذن البائع وإن كان قبل القبض فالبائع أن يجبس المتاع
حتى يقبض الثمن وكذا إذا قبض المشتري بغير إذنه كان له أن يستردده ويجبهه بالثمن وقال الشافعي
رحمه الله للبائع الفسخ وأخذ متاعه قبل القبض وبعد له حديث سمره أنه عليه الصلاة والسلام قال من
وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو وأحق به رواه أحمد وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره رواه
مسلم والبخاري وجماعة آخر ولأن المشتري يجوز عن تسليم أحد بدلي العقد وهو الثمن فيثبت للبائع
حق الفسخ كما يجوز عن تسليم المبيع بالباقي ونحوه والجامع بينهما أنه عقد معاوضة فيقتضي المساواة
وكالتسليم فإنه إذا انقطع المسلم فبثبت لرب السلم خيار الفسخ وكون الثمن مفقودا به لا موقوف عليه
لأن أثره في منع الفسخ ألا ترى أن المكاتب إذا عجز عن بدل الكتابة يتمكن المولى من فسخ الكتابة وبدل
الكتابة معقود به كالثمن ولنا قوله تعالى وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة فاستحق النظر إلى الميسرة
بالآية فليس له أن يطالب بقبضها ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن وهذا لأن الدين صار مؤجلا إلى الميسرة

(قوله لا يعيش له إلا من كتيده)
قال ابن الأثير الكتد
الانهاب يقال كتد كتد في
عمله كذا إذا استعجل وتعب

هـ

بتأجيل الشارع وبالعجز عن الدين المؤجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ قبل مضي الاجل
فكذلك ثبت له ذلك في تأجيل الشارع وهو أقوى من تأجيله بما ولان العقد يوجب ملك الثمن للبائع
في ذمة المشتري وهو الدين وذلك وصف في الذمة ولا يتصور فيه العجز ولا يتغير عليه بموجب عقده أبدا
لان بقاء ذلك ببقاء محله وهو الذمة فصار كما اذا كان مليا وهو اذا عجز انما يعجز عن الايفاء والايفاء يقع بعين
بدلا عن الواجب بالعقد في الذمة فيكون عجزا عن غير ما وقع عليه العقد فلا يوجب فسخا وانما قلنا ذلك
لان ما وقع عليه العقد لا يتصور قبضه لانه وصف في الذمة والمقبوض عين ألا ترى أنه يجوز إسقاطه
بالبراء أو بالاستبدال والاعيان لا يجوز إسقاطها ولا استبدالها قبل القبض كما في المبيع عينا وريثا لان
المسلم فيه مبيع بفعل المقبوض عين ما كان في الذمة حكما للضرورة لان المبيع لا يجوز استبدال قبل
القبض ولا ضرورة هنا فكان المقبوض غير الواجب حقيقة فلا يكون العجز عنه عجزا عن موجب العقد
فلا يثبت له خيار الفسخ ولا حجة له فيما روى لان المذكور في الحديث الاول من وجده متاعه عند مفاس
بهيته فهو أحق به وفي الثاني من أدرك ماله بهينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره والمبيع ليس
بعين مال البائع ولا متاع له وانما هو مال المشتري اذ هو خرج عن ملكه وعن ضمانه بالمبيع والقبض وانما
ماله بهينه يقع على المفصوب والعواري والودائع والاجارة والرهن فذلك ماله بهينه فهو أحق به من سائر
الغرماء والحديث ورد فيه وبه نقول وانما يكون هذا الحديث حجة له أن لو قال فأصاب رجل عين مال
قد كان له فباعه من الذي وجده في يده ولم يقبض ثمنه فهو أحق به من سائر الغرماء وهو نظير ما روى عن
سمره مفسرا أنه عليه الصلاة والسلام قال من سرق له مال أو ضاع له متاع فوجده في يد رجل بهينه فهو
أحق بهينه ويرجع المشتري على البائع بالثمن رواه الطحاوي باسناداه فهذا الحديث يفيد أن جميع
ما وجد في يد المفلس يقسم بين غرمائه ما لم يظهر له مال معين فاذا ظهر له مال معين كان هو أولى به من
سائر الغرماء فان قيل روى هذا الحديث باضافه أخر فان أبا بكر بن عبد الرحمن قال ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قضى بالسلعة يتاعها الرجل فيفلس وهي عنده بعينهم لم يقبض البائع من ثمنها شيئا فهو
أسوة الغرماء وان مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء وعن أبي بكر المذكور أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال أيعار رجل ابتاع متاعا أفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجده
بعينه فهو أحق به فان مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء فتبين بهذا الحديث أن المراد بالحديث
الاول الباعة دون غيرهم قلنا قال الطحاوي ان هذا الحديث منقطع فلا يقوم بمثله حجة وذكر
أنه مضطرب أيضا وبين وجه اضطرابه في الآثار فلا يجوز الاحتجاج به ولا يجوز أن يكون مبينا للمراد
بالحديث الاول لانه يخالفه في المعنى وقوله عقد معاوضة فيقتضي المساواة قلنا يقتضي التسوية بينهما
في الملك وهو حاصل لكل واحد منهما ما واثق سلمنا أنه يقتضي التسوية في القبض فقد بطل ذلك بالتأجيل
الى الميسرة فلا يبقى له حق الفسخ وقوله كالسلم الى آخره قلنا المسلم فيه مبيع فيه والعجز عن المبيع
يوجب خيار الفسخ لانه عجز عن تسليم المستحق بالعقد فيثبت به ما أوجب به العقد والدليل على أنه مبيع
عدم جواز الاستبدال به فصار العجز عن تسليمه كالعجز عن تسليم المبيع المعين بخلاف الدين فان العجز
عن تسليمه عجز عن تسليم ما لم يوجب به العقد لان ما أوجب به العقد وصف في الذمة والمقبوض غيره ألا ترى
أن عدم القدرة على ايفاء الثمن لا يمنع صحة العقد ابتداء فكذلك ايفاء المذكورا فان قيل اذا اشترى بالفلس
النافقة شيئا كانت الفلوس في ذمته وهي ثمن ثم اذا عجز عن تسليمها بالكساد انفسخ البيع فوجب أن
يكون هنا كذلك قلنا ان الفلوس اذا كسدت تغير بموجب العقد فان العقد أوجب ملك فلوس في
الذمة ثمن وبعد الكساد لا يبقى بهذه الصفة فبطل أو نقول لما كسدت صارت عروضا والعروض لا تجب
في الذمة الا سلبا فبطل بخلاف الدين بعد الافلاس والمكاتب اذا عجز عن تغيير على المولى موجب العقد لان
موجب ملك البذل للمولى عند حاول الاجل بالقبض وقبل القبض لا يملك شيئا لان المكاتب عبد والمولى

فصل بلوغ الغلام الخ **فرع** وقال أصحابنا ما أنبأت العانة لا يدل على البلوغ خلافاً للشافعي لأنه نبات شعر من بدن الإنسان فلا يستدل به على البلوغ كاللحية بل أولى لأنه يمكن أن يتوصل بالحية إلى معرفة البلوغ من غير ارتكاب محظور بخلاف العانة فإنه إما أن ينظر إليها أو تمس فإذا لم تكن اللحية دليل البلوغ فالعانة أولى وما روى عن عطية (٣٠٣) القرظي قال عرضت يوم بني قريظة

على النبي صلى الله عليه وسلم فقال أبصروه فان كان قد أنبت فاقبلوه فتنظروا إلى فوجدوني ما أنبت فجعلوني في السبي لا حجة فيه الخصم لأن أهل المغازي ذكروا أن سعداً حكم بذلك فبين أنبت وروى أنه أمر بقتل من أخضر مئزره وهذا يزيد على الأنبياء لأن أخضر الأزار يكون نبات الشعر من السرة إلى العانة وروى أنه أمر بقتل من جرت عليه المواشي وذكري السيرة الكبير روى عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد أن يقتلوا من جرت عليه المواشي وهذا يقتضي تكرار الخلق بعد الانبات وهو خلاف ما يعتبره الخصم قال في شرح الطحاوي قبيل باب سجدة الغلاوة وروى عن أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه اعتبر نبات العانة وأما نود الشافعي فلا يحكم بالبلوغ به في ظاهر الرواية وقال بعضهم يحكم به وقال في الكشاف في تفسير سورة النور وعن علي أنه كان يعتبر القامة ويقدره بخمسة أشبار وبأخذ الفرزدق في قوله

لا يستوجب ديناً في ذمة عبده ولهذا لو كفل بيدل الكتابة إنسان لا يصح وينفرد العبد بنفسه فإذا عجزت موجب العقد فيثبت للمولى خيار النسخ بخلاف الدين في ذمة المفلس فإن العقد فيه أو جب ملك الثمن للبائع وبالأفلاس لا يندم ذلك فصار كالمالك كان ملياً

فصل قال رحمه الله (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال والاحتقن يتم له ثمان عشرة سنة والحاربية بالحيض والاحتلام والحبل والاحتقن يتم لها سبع عشرة سنة وينتق بالبلوغ فيهما بخمسة عشرة سنة) وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله وهو قول الشافعي ورواية عن أبي حنيفة والاول قول أبي حنيفة رحمه الله وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد به أن يطعن في التاسعة عشرة فلا اختلاف بين الروايتين لأنه لا يتم له ثمان عشرة سنة الا يطعن في التاسعة عشرة وقيل فيه اختلاف الرواية حقيقة لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما الاحتلام فلما روى عن علي ابن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الاحتلام ولا صمات يوم إلى الليل رواه أبو داود والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض يكون في أوان الحبل عادة فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأما السن فلهم ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني فالظاهر أنه عليه الصلاة والسلام لم يجزها لأنه بالغ ولم يرده إلا لأنه لم يبلغ ولأن بلوغهم لا يتأخر عنها عادة وهي إحدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه ولا في حنيفة رحمه الله قوله تعالى ولا تقر بوأمال اليتيم الآية هي أحسن حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثمان عشرة سنة هكذا قال ابن عباس والقتبي وقيل اثنتان وعشرون سنة وفي قول عمر بن الخطاب وعشرون سنة وأقل ما قيل فيه ثمان عشرة سنة فوجب تعليق الحكم به للاحتياط غير أن الأناث نشوهن وأدراكهن أسرع فزادنا في حق الغلام سنة لا شتمالها على الفصول الأربعة التي واحد منها يوافق المزاج لا محالة فيقوى فيه قال رحمه الله (وأدنى المدة في حقه اثنا عشرة سنة وفي حقه تسع سنين) أي أدنى مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه في حق الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق الحاربية تسع سنين هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره ولا يعرف ذلك إلا سماعاً أو بالتبعية قال رحمه الله (فإن راهاقاً أي الغلام والحاربية) وقال لا قبل بغيره وأحكامهما أحكام البالغين) لأنه أمر لا يوقف عليه إلا من جهته ما قبل فيه قولهما كما يقبل قول المرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض وغيره والله أعلم بالصواب

كتاب المأذون

قال رحمه الله (الأذن فك الحرج واسقاط الحق فلا يتوقف ولا يختصص) هذا في الشرع لأن العبد أهل للتصرف بعقد الرق لأن ركن التصرف كلام معتبر شرعاً لا بدوره عن تمييز ومحل التصرف ذمة صالحة لا التزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق لأنهما من كرامات البشر وهو بالرق لا يخرج من أن يكون بشراً إلا أنه يحجر عليه عن التصرف لحق المولى كي لا يبطل حقه بتعلق الدين برقبته لضعف ذمته بالرق حتى لا يجب المال في ذمته الا وهو شاغل لرقبته فإذا أذن المولى فقد أسقط حقه فكان العبد متمتعاً بأهليته

ما زال مدعوت يداها زاره * ومما فادرك خمسة الأشبار

اه انتقاني (قوله وينتق بالبلوغ فيهما بخمسة عشرة) أي فاذنعت جاز طلاقه وان لم يحتلم اه انتقاني (قوله فلم يجزني) أي في المقاتلة اه غاية (قوله فأجازني) أي في المقاتلة اه غاية (قوله ولأن بلوغهم لا يتأخر عنها) أي عن تلك المدة اه

الاصالية ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة ولا يتوقت بزمان ولا من مكان ولا بنوع من التجارة
كالكاتب وعند زفر والشافعي رحمه الله هو عبارة عن وكيل وانابة لانه يتصرف للمولى باذنه والمانع
من التصرف هو الرق وهو باق بعد الاذن ونمرة الخلاف تظهر في صحة التقييد عندهما حتى لا يجوز للعبد
أن يجاوز ذلك عندهما كالمالك لا يتصرف للموكل فلا يملك الا ما أطلق له وعندنا يتصرف بأهلية نفسه
لنفسه وانما يخلفه المولى في الملك فقط لانه يثبته له وفيما عدا ذلك هو كالموكل لان المانع حق المولى وقد
أسقطه والاسقاطات لا تقبل التقييد كالطلاق والعتاق وكذا اذا رضى المستأجر ببيع عبده مستأجراً من
شخص بعينه دون غيره أو أسلم البائع المبيع الى المشتري قبل نقد الثمن على أن يتصرف فيه نوعاً من
التصرف دون نوع فانه لا يعتبر فيه تقييده لان ذلك منه اسقاط لحقه فلا يقبل التقييد بخلاف اذن
القاضي فانه عزله الوكيل ذكره قاضي خان في فتاواه ولا يقال هو ليس بأهل لحكم التصرف وهو الملك
فكيف يكون أهلاً لاسببه وهو التصرف والسبب غير مشروع لذاته بل لحكمه فاذا لم يترقب عليه حكمه
لا يكون مشروعاً كطلاق الصبي وعتاقه لانه قول حكمه ملك اليد وهو أهل له كالكاتب ولهذا يقدم فيه
حاجته من قضاء دينه ونفقة ولغيره وليس للمولى أن يأخذ الا ما فضل منه بخلاف المستشهد به فانه لا يثبت فيه
حكم ما في حق الصبي فلا يكون مشروعاً ولا يقال لو كان اسقاط المالك نهيه لانا نقول ليس باسقاط في
حق مالم يوجد فيكون النهي امتناعاً عن الاسقاط فيما لم يوجد وهو في اللغة الاعلام ومنه الاذن وهو
الاعلام بدخول الوقت وشرطه أن يكون العبد ممن يعقل التصرف ويقصده والاذن ممن يملك التصرف
بيعاً واجارة ورهنًا ونحو ذلك ولا يشترط أن يكون مالاً للرقبة حتى جاز الاذن من العبد المأذون والمكاتب
والشريك ومفاوضة وعنانا والاب والجد والقاضي والوالي وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من
فك الجبر قال رحمه الله (ويثبت بالسكوت إن رأى عبده يبيع ويشتري) أي يثبت الاذن للعبد بسكوت
المولى عند ما رآه يشتري ويبيع ولا فرق في ذلك بين أن يبيع عبداً مملوكاً للمولى أو غيره باذنه أو بغير اذنه
بيهاً صحيحاً أو فاسداً كذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضي خان في فتاواه اذا رأى عبده يبيع عبداً
من أعين المالك فسكت لم يكن اذناً وكذا المرتن إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن
وروى الطحاوي عن أصحابنا أنه رضا يبطل الرهن ولو أمره المولى ببيع متاع غيره يصير مأذوناً له ولو رأى
عبده في خانقاه يبيع فسكت حتى باع متاعاً كثيراً من ذلك كان اذناً ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك
المتاع ولو رأى المولى عبده يشتري شيئاً بدينار لم ينفذه بغيره بغيره يصير مأذوناً له فان كان نقد الثمن
من مال المولى كان للمولى أن يسترده ولا يبطل البيع بالاسترداد ولو أن رجلاً دفع الى عبد رجل متاعاً
له لم يبيع بفاعه بغير اذن المولى فراه المولى ولم ينفذه بغيره كان مأذوناً له في التجارة ويجوز ذلك البيع على صاحب
المتاع وتكلموا في العهدة قيل ترجع الى الأمر وقيل الى العبد وقال زفر والشافعي لا يثبت الاذن
بسكوت المولى عند ما رآه يبيع أو يشتري لان سكوتيه يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يثبت بالشك
ولان الاذن انابة فلا يثبت بالسكوت كما اذا رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت ولم ينفذه بغيره لا ينفذ ذلك عليه
بسكوتيه ولهذا لا يجوز ذلك البيع بدلالة الحال وهو السكوت فأولى أن لا يجوز به غيره من البياعات وكذا
لو رأى القاضي الصبي أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشتري فسكت لا يكون اذناً له في التجارة مع أن له أن
يأذن للقيم والمعتوه اذا لم يكن له مولى وعبدهما مأوكان لكل واحد منهما مولى وامتنع من الاذن له عند
طلبه منه ذلك وكذا سكوت المرتن عند ما يرى الراهن يبيع الرهن لا يكون رضاً في رواية وكذا اذا رأى
عبده يتزوج أو أمته تتزوج فسكت لا يكون اذناً منه بالزواج وكذا لو أنف مال غيره وصاحبه يفتش
وهو ساكت لا يكون اذناً منه به حتى كان له أن يطالبه بالضمان فلما ان هذه التصرفات مبنية على عادات
الناس وقد جرت العادة أن من لا يرضى يتصرف عبده ينهيه عنه ويؤتبه عليه فاذا سكت دل على رضاه به
فصار اذناً له لاجل دفع الضرر عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقاً منه فيبايعونه جلالاً له على

(قوله ولا يتوقت بزمان الخ)
حتى لو أذن له بعد يوم ما كان
مأذوناً أبداً حتى يجبر عليه
لان الاسقاطات لا تتوقت
اه هداية (قوله ومنه
الاذن الخ) أما الاذن فهو
الاطلاق لغة لانه ضد الجبر
وهو المنع فكان الاطلاق
شيء أي شيء وفي الشرع
الاطلاق في حق التجارة
باسقاط الجبر عنه كذا قال
شيخ الاسلام خواجه زاده
في مبسوطه وأما ركنه فقوله
الرجل أذنت لك في التجارة
لان الاذن به يقوم وركن
الشيء ما يقوم به ذلك الشيء
وقد يكون الاذن دلالة
بالسكوت عندنا خلافاً لغير
الشافعي اه اتفاقاً (قوله
وحكمه) قال الاتفاق وحكمه
ملك المأذون ما كان من
قبيل التجارة ونوابها
وضرورتها وعدم ملكه
مالم يكن كذلك الى هذا
أشار في النسخة وذلك لان
حكم الشيء ما يثبت بالشيء
والثابت بالاذن ما قلنا فكار
حكم اه

(قوله في المتن وان اذن له عام الخ) قال في تحفة الفقهاء الاذن فوطن خاص وطام أما الاذن الخاص كان يقول لعبيده اشتر بغيرهم لها أو اشتر كسوة لنفسك أو لفلان فاشتره فانه يجوز ويكون مأذونا في ذلك خاصة والقياس أن يكون مأذونا في الأنواع كلها لأن الاذن بالتصرف لا يتجزأ وفي الاستحسان يقتصر على ما اذن لان هذا من باب الاستخدام ولو تعدى الاذن الى غيره ولم يكن من قصد المولى أن يكون مأذونا في التجارات لا يفسد على الاستخدام وأما الاذن العام كان يقول اذنت لك في التجارات أو في التجارة يصير مأذونا في الأنواع بلا خلاف أما اذا اذن في نوع بأن قال اتجر في البر أو في بيع الطعام أو نحو ذلك يصير مأذونا في أنواع التجارات عندنا وعند الشافعي يقتصر على ما سمي وكذلك اذا قال اتجر في الخرازة أو في الصياغة يصير مأذونا في جميع أنواع الطرف (٢٠٥) وكذلك اذا قال اذنت لك

أن اتجر شهر أو سنة يصير مأذونا في جميع الاوقات ما لم يحجر عليه حرجا عاما وكذا اذا قال اتجر في البر ولا تجر في الخبز لا يصح فيه ويهم الاذن النوعين وغيرهما والمسئلة معروفة أن الاذن عليك التصرف أو اسقاط الحق وفك الحرج الى هنا لفظ الضقة اه اتقاني وكتب مانصه قال برهان الدين الاجل الصدر الكبير صاحب الخيط عبد العزيز بن عمر بن أبي سهل المعروف بمارزة في طريقة الخلاف المأذون في نوع يصير مأذونا في الأنواع كلها وقال الشافعي وزفر لا يصير مأذونا الا فيما نص عليه وما هو من ضروره انه وصوره رجل قال لعبيده تصرف في الخبز وسكت أو قال تصرف في الخبز ولا تصرف في البر عندنا عليك التصرف في الخبز والبر جميعا وعندنا لا عليك الا في الذي نص عليه اه اتقاني (قوله لا يكون مأذونا) وفي

ما يقتضيه الشرع والعرف فصار كسكوت النبي صلى الله عليه وسلم عند أمره بعبادته عن التغيير والانكار وكسكوت البكر والشفيع والمولى القديم عند ما يرى ماله يقسم بين العاقين بخلاف ما اذا سكت عند ما يفسع الاجنبي ببيع ماله لانه وكيل ولو قيل يتصرف لكل لانه نفسه والتوكيل لا يثبت بالسكوت وكذا العبد وكيل في حق ما باعته من مال المولى لانه لك الغير وهو المولى والتوكيل لا يثبت بالسكوت وكذا اذن القاضي لانه لا حق له في مال الغير حتى يكون الاذن اسقاطا لنفسه وسكوت المرتبه اجازة في رواية فلا فرق بينهما والشرق على الأخرى أنالو جعلنا ما اجازة يلزم المرتبه ضرر عظيم بخروج العين من يده واقامة الثمن مقامه في جهله رهنا وهو في الذمة ولا يعرف هل يحصل أو يتوى عليه فلا يلحقه هذا الضرر الابالتصريح منه وهذا هو الجواب في تزوج العبد والامة وفي اتلاف مال الغير لان المولى ومالك المال فيه ضرر محض فلا يلزمه بدون التزامه صريحا بخلاف ما نحن فيه فانه لا ضرر فيه في الحال وفي المال جانب النفع راجح لان ما يلزمه من الدين لا يلزمه الا بعوض وجانب تحصيل الربح أرجح ولان العبد في النكاح وكيل عن المولى لان المولى يملك أن يعقد عليه بغير اختياره ولهذا اذا اذن له بالتزويج لا يكون مأذونا له حتى لا يملك أن يتزوج الا واحدة لان التوكيل لا يتعمم ولا يثبت بالسكوت بخلاف البيع قال رحمه الله (وان اذن له عاما لا يشترط بيعه بيمينه يبيع ويشترى) يعني لو اذن له مولا ذنا عاما بأن قال له اذنت لك في التجارة ولم يقيده بشيء بيمينه ولا بنوع من التجارة اجازة له التصرف في جميع التجارات يبيع ويشترى لان اللفظ يتناول جميع أنواع التجارات وأما اذا أمره بشيء بيمينه كالطعام والكسوة لا يكون مأذونا له لانه استخدام ولو صار مأذونا لاستعمل المولى باب الاستخدام وعلى هذا لو أمره ببيع ثوب بيمينه لا يكون مأذونا له وكذا لو قال له اجر نفسك من فلان لانه أمره بعقد واحد فيكون استخداما بخلاف ما اذا قال له اجر نفسك من الناس أو اقعد صبيا غافا أو خياطاً أو قصارا أو قال أدالي أنا وأنت حر حيث يكون اذنا له لانه أمره بعقد متعدده فيدل ذلك على الاذن وكذا اذا قال له أدالي كل شهر كذا أو كل يوم كذا كان مأذونا له لانه لا يتوصل الى أدائه الا بالتكسب وذلك بالتجارة لا بالتكدي والفاصل بينهما أنه اذا اذن له بعقد متكررة كان مأذونا له كقوله اشتر ثوبا بعد أو بعت ثوبا هذا واشتر بيمينه وان اذن له بعقد واحد ولم يوجب فيه ما يدل على الاذن لم يكن مأذونا له عادة وقوله أدالي أنا وأنت حر بمنزلة قوله ان أدته الى فانت حر ولو أعطاه راوية وبغلا وقال استبق عليه وبيع الماء من الناس ~~كان~~ اذنا له لانه أمره بالتكسب وذلك بالاذن ولو غصب العبد ثوبا فأمره مولا بيمينه كان اذنا له لانه لا يمكن حمله على الاستخدام لعدم الملك فيه من الاذن ولو أمره بشيء من التجارة كان اذنا في الجميع وكذا اذا قيده بوقت أو بمعاملة شخص لا يقيده عندنا وفيه خلاف زفر والشافعي بناء على أنه وكيل عندهما وعندنا اسقاط وقد بيناه

القياس يكون مأذونا له لانه اذن في التجارة غاية ما في الباب أنه خص والتخصيص لا يعمل في الاذن عندنا وجه الاستحسان الضرورة والضيق على الناس لانه لو جعل مأذونا له بهذا القدر لضاق الامر على الناس ووقعوا في حرج لانه لو ثبت كونه مأذونا له بالاذن في شراء جده أو بقل بقباس اصح اقراره حينئذ على نفسه على عظيم حيث يتوى بذلك رقبته وكسبه فلا يتجاسر أحد بعد ذلك على استخدام المولى خوفا من ذلك فتعطل مصالحهم فلهذه الضرورة لم يجعل الاذن في كل شيء اذنا عاما بل جعل ذلك استخداما وتو كيدا اه والحاصل أنه متى فوض اليه عقود متكررة كان ذلك اذنا في التجارة لان الربح يحصل بالعقد المتكررة وان فوض اليه عقد واحد لا يتكرر كان استخداما ولم يكن اذنا في التجارة اه اتقاني رحمه الله

(قوله وان كان فيه غبن فاحش الخ) قال الاتقاني فاما اذا باع بالحباية الفاحشة ابتداء فانه يجوز عند أبي حنيفة لان الوكيل بالبيع يملك البيع بالغبن الفاحش عنده فلا يملك المأذون له ذلك أولى لان تصرفه ليس بسبيل النيابة بل بأغلبية نفسه انفسه ولهذا لا يرجع بالعهد على المولى اهـ والحاصل ما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسدي في شرح الكافي قال شراء العبد المأذون وبيعه بما يتغابن الناس فيه جائز حالا أو آجلا أو سلفا في قولهم جميعا وكذلك بما لا يتغابن الناس فيه في قول أبي حنيفة رحمه الله ان كان عليه دين أو لم يكن ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد لانه بمنزلة الهبة ولا تجوز هبته ولا صدقته وكذا كل من لا تجوز هبته مثل المكاتب والصبي أو المعتوه يأذن له أبوه في التجارة فهو على هذا الاختلاف اهـ اتقاني رحمه الله مع حذف قال في الحقائق في كتاب المأذون في باب أبي حنيفة واذا باع من الاجنبي بالكثير من الحباية لا يجوز أصلا عندهما وان بلغ الاجنبي الثمن الى تمام القيمة وبالسيرة يجوز فلا يؤثر بازالة الحباية عندهما من المحيط والهداية اهـ (٣٥٦) (قوله ولا يلزم من صحته من الصبي بعد الاذن الخ) قال الاتقاني ووجه قول أبي حنيفة انه مأمور

ثم اذا صار مأذونا له في جميع التجارات كان له أن يبيع ويشترى وان كان فيه غبن فاحش عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بحباية لا يتغابن الناس في مثله لان الغبن الفاحش جار مجرى التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله ولا يجوز من الاب والوصى والقاضى من مال الصغير والتبرع غير داخل فيه فلا يجوز وهذا لان المقصود من التجارة الاسترباح وهذا ضده لانه خلاف ولا يبي حنيفة رحمه الله انه تجارة لا تبرع لانه وقع في ضمن عقد التجارة والواقع في ضمن الشيء كان له حكم ذلك الشيء وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال ولهذا تجرى فيه أحكام البيع في الكل كوجوب الشفعة وجواز المراجعة وقد فك عنه الحجر في حق التجارة في تناول الجميع كفك الحجر بالاعتساق بخلاف الهبة لانها ليست بتجارة وبخلاف الاب والوصى والقاضى لان تصرفهم مقيد بالأظر ولا يلزم من صحته من الصبي بعد الاذن أن يصح منهم كالاقرار بالدين وحق الورثة تعلق بالمالية ليس له أن يبطله ولهذا لا يملك بالغبن اليسير أيضا فلا يصح الاستدلال به ولان البيع بالغبن الفاحش من صنيع التجار لا يستجاب لقلوب المجاهزين ويبيع بغبن فاحش في صفقة ويربح في أخرى وعلى هذا الخلاف يبيع الصبي والمعتوه المأذون لهما ولو مرض العبد المأذون له وطأ فيه يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فن جميع ما بقى بعد الدين لان الاقتصاف في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد ولا يقال المولى بمنزلة الوارث لانا نقول رضى بسقوط حقه بالأذن فصار كالوارث اذا أسقط حقه من الثلث فان تصرف المريض ينفذ في الكل بخلاف غرمائه على ما ينبغي لانهم لم يرضوا بسقوط حقهم فلا تنفذ محاباته في حقهم وان كان الدين محيطا بما في يده يقال المشتري أتجميع الحباية والا فرتا البيع كافي الحرة هذا اذا كان المولى صحيحا وان كان المولى مريضا لا تصح محاباة العبد الا من ثلث مال المولى كتصرفات المولى بنفسه لان المولى باستدانة الاذن بعد ما مرض أقامه مقام نفسه فصارت تصرفه كتصرفه والفاحش من المحاباة وغير الفاحش فيه سواء حتى لا ينفذ الكل الا من الثلث قال رحمه الله (ويؤكد بهما) أي يجوز له التوكيل بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة فله على ما لا يمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى المعين قال رحمه الله (ويبرهن ويستترعن) لانهم ما من توابع التجارة لانهم ما يفاء واستيفاء ويتقرر ذلك بالهلاك قال رحمه الله (ويستأجرو يضارب) لانه من صنيع التجار فيجوز له المضاربة أخذ اودفعا وكذا الاجارة بأن يؤجر غلمانه أو يستأجر أجراء

بالبيع والشراء فيملكت كل ما هو مسمى بهذا الاسم جريا على قضية اطلاق اللفظ ولا يجوز تقييده بالعرض لان اعتبار نص الكلام أولى من اعتبار اللفظ على أن لا نسلم تمازج من العرض فان التاجر في العادات كما يباشر العقد على وجه لا غبن فيه يباشره على وجه فيه غبن ليتوسل الى عرض لا طريق له الا يبيع ما عنده وعسى لا يشتري ما عنده بمثل القيمة لكساد السوق ولا يكون عنده من ما يريد تحصيله فتمس حاجته الى بيع ما عنده بوضعية رغبة فتماير يد تحصيله والاسترباح عليه وهذا مع وزنين التجار اهـ اتقاني (قوله ولو مرض العبد المأذون له) أي مرض الموت اهـ (قوله هذا اذا كان المولى صحيحا) قال الشيخ قوام

الدين هذا اذا حاجى المأذون في مرض موته والمولى صحيح أما اذا حاجى في مرض موت المولى فبيان ما قال في شرح الكافي قبل هذا وله الباب واذا أذن الرجل العبد في التجارة ثم مرض المولى فباع العبد ببعض ما كان من تجارته أو اشتري شيئا فخاف في ذلك ثم مات المولى ولا مال له غير العبد وما في يده فجميع ما فعل العبد من ذلك بما يتغابن الناس فيه وما لا يتغابن فيه جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله من ثلث مال المولى لانه يتصرف بتسليط المولى وانه يلاقى حق المولى فيجعل ذلك محاباة منه وهو مريض فيجعل منه وكذلك على قولهما فيها يتغابن الناس فيه وكذلك ان كان على العبد دين يحيط برقبته وبما في يده لان حال العبد لم يتغير انما تغير حال المولى فكان وصية منه بعد الدين من الثلث فان كان على المولى دين يحيط برقبته وبما في يده ولا مال له غيره لم يجز من محاباة المولى شيء لان الوصية مؤخرة عن الدين ويقال لا يشتري فانقض البيع وان شئت فأذا لم يباة كلها ولو كان الذي يباة العبد بعض ورثة المولى كانت المحاباة باطلة في جميع الوجوه لان هذا وصية من المولى كذا في شرح الكافي اهـ اتقاني

الروايات وفي الكافي يجهل أن يكون في المسئلة رواية ثان وقال الامام الاخير في أو يجهل ما أطلق في المكاتب على ما ذكره هنا أو يجهل في المسئلة رواية ثان اه كافي (قوله وعلى قول من يتأني هذا) قلت يتأني على قول أبي حنيفة الاول فقد قال الشارح رحمه الله فمما سألني عند قوله وان لم يحط صح أي وان لم يحط الدين برقبته وبما في يده جازعته وهذا بالاجماع أما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه (٣٥٨) لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعليق لا فرق بين القليل والكثير كافي الرهن اه

لكن التفريع على القول المرجوع عنه مع عدم التنبيه على ذلك مما لا ينبغي اه (قوله وسلم المقبوض للمولى) قال الاتقاني ولا يملك الاعتاق على مال أيضا لانه اذا لم يملك الكتابة لانها ليست بتجارة فلان لا يملك الاعتاق على مال لهذا المعنى أولى لانه تصرف ضار لان فيه ازالة الملك في الحال بدين في ذمة المفلس فلم يملك يحصل ولعله لا يحصل وفي الكتابة لا يزول الملك ما لم يوجد أداه جميع بدل الكتابة لان المكاتب عبدا ما بقي عليه درهم اه (قوله وكان قبض العوض اليه) والحاصل أن المأذون يفعل ما كان من صنيع التجار وما لا فلا ولهذا لا يكفل بنفس ولا مال ولا يقرض ولا يعتق على مال الا اذا أجاز المولى ولا دين عليه فان كان عليه دين يجوز بأجازة المولى ويضمن المولى قيمته للغير ما اه اتقاني (قوله ولا يمكن أن يستدر للضيافة تقدير) قال شيخ الاسلام نحواهر زاده في كتاب شرح المأذون الكبير من

أذهى مبادلة المال بالمال والبدل في الحال مقابل بفك الحجر فلم يمكن من باب التجارة ولان الكتابة أقوى من الاذن لان الكتابة توجب حرية اليد في الحال وحرية الرقبة في المال والاذن لا يوجب شيئا من ذلك والشئ لا يضمن ما هو فوقه الا اذا أجاز المولى ولم يكن على العبد دين لان الامتناع لحقه فاذا أجاز زال المانع فينفذ وهذا ما عرفت أن كل عقد موقوف وله مجيز حال وقوعه يجوز بأجازته فتكون الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم ليس للعبد أن يقبض البدل لانه نائب عن المولى كالمكيل فكان قبض البدل بمن نفذ العقد من جهته لان الوكيل سفير ومعبّر فلا تتعاق به حقوق العقد كالنسكاح بخلاف المبادلة المالية وذكري في النهاية أنه لو كان على العبد دين قليل أو كثير فكنا بتة باطله وان أجازها المولى لان قيام الدين عنده من ذلك قل أو كثر وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغرقا لرقبته ولم يفيده لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع أصحابنا حتى جاز للمولى عمق ما في يده فكيف تصور هذه المسئلة وعلى قول من يتأني هذا وانما الخلاف في المستغرق فعند أبي حنيفة رحمه الله يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع ولو أدى المكاتب البدل الى المولى قبل الاجازة ثم أجاز المولى لا يعتق وسلم المقبوض للمولى لانه كسب عبده قال رحمه الله (ولا يعتق) لانه فوق الكتابة فكان أولى بالامتناع وان أجازها المولى ولم يكن عليه دين جاز وكان قبض العوض اليه ان كان العتق على مال وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ عند أبي حنيفة خلافا لهما بناء على أنه يملك ما في يده أم لا قال رحمه الله (ولا يقرض) لانه تبرع ابتداء وهو لا يملكه قال رحمه الله (ولا يهب) لانه تبرع محض وسواء كان بعوض أو بغير عوض لانه تبرع ابتداء أو ابتداء وانتهى قال رحمه الله (ويهدى طعاما يسيرا ويضيف من يطعمه) لان التجار يحتاجون اليه لاستجلاب قلوب المجاهزين وروى أنه عليه الصلاة والسلام كان يجيب دعوة المملوك والمراد به المأذون له لان المحجور عليه ليس له أن يتخذ الضيافة اليسيرة لعدم الاذن وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا دفع اليه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقاءه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا دفع اليه قوت شهر لانهم اذا أكلوه يتضرر به المولى ولا يمكن أن يتعد للضيافة تقدير لانه يختلف باختلاف المال وغيره وقالوا في الهدية ليس له أن يهدي الا الشئ اليسير من المأكول وليس له أن يهدي الدراهم ولا بأس للمرأة أن تصدق من بيت زوجها بشئ يسير كغيف ونحوه بدون استطلاع رأي الزوج لان ذلك مأذون فيه عادة وما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال عام حجة الوداع لا تخرج المرأة من بيت زوجها فقيل له والطعام فقال عليه الصلاة والسلام الطعام أفضل أموالكم المراد به المدخر كالخنطة ودقيقها وأما غير المدخر فلها أن تصدق به على العادة الجارية بين الناس والاب والوصي لا يملكان في مال الصغير ما يملكه العبد المأذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة قال رحمه الله (ويحط من الثمن بعيب) لانه من صنيع التجار وقد يكون الخط أنظر له من قبول المعيب بخلاف الخط من غير عيب أو الخط أكثر من العادة لانه تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجار فلا ضرورة اليه بخلاف المحاباة ابتداء لانه قد يحتاج اليه التاجر على ما بيناه وله أن يؤجل في دين ووجب له لانه من عادات التجار

الاصل لم يقدّر محمد في الكتاب مقدار ما يتخذ من الضيافة أنه بأي قدر يتخذ الا أنه روى عن محمد بن سلمة أن ذلك على قدر مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة عشرة دراهم كان يسيرا اه اتقاني وكتب ما نصه قال في الفتاوى الصغرى العبد المأذون يملك التبرعات اليسيرة حتى يملك التبرع بمدون الدرهم ولا يملك التصديق بالدرهم ويملك اتخاذ الضيافة والاهداء وليس هذا بقدّر بدرهم بل ما بعده التجار سرفاويك الذي لا يعتونه سرفا في المأكولات حتى لا يملك الاهداء في غير المأكولات اه اتقاني (قوله لا تخرج المرأة من بيت زوجها) كتب الشيخ الشافعي رحمه الله هنا محقا مانصه بغير اذنه اه نهاية شرح الهداية (قوله وله أن يؤجل في دين ووجب له لانه الخ)

ولو صالحه على أن يؤخر عنه بعضه ويخط عنه بعضه كان الخط باطلا والتأخير جائزا لان الخط تبرع والتأخير وان كان تبرعا لكنه من صنيع
التجار فأشبه الضيافة والهبة اليسيرة اه غاية (قوله في المتن يباع فيه) لكن لا بد من حضرة المولى وفي بيع كسبه يشترط حضرة العبد
لا المولى وتماه في الكفاية اه من خط شيخنا المقرى رحمه الله وسيا في كلام الشارح في الصنعة الآتية في الشرح اه (قوله في المتن
ان لم يفده سيده) أى بجميع دينه اه كفاية (قوله فلا تباع رقبته الخ) قال في طريقة (٣٠٩) البرهانية وأجموعا على أن الرقبة

تباع في دين الاستهلاك (قوله
ويباع كسبه) أى في الدين
اه (قوله ظهور وجوبه) أى
على العبد اه (قوله في
حق المولى) أى لا بد منه
اه (قوله سرق) قال في
الاصابة في حرف السين
سرق بضم أوله وتشديد
الراء بعدها قاف وضبطه
العسكري بتخفيف الراء
وزان عدرو عمر وأذكر على
أصحاب الحديث تشديد الراء
ويقال اسم أبيه أسد صحابي
نزل مصر ويقال كان اسمه
الحباب فغيره النبي صلى الله
عليه وسلم وعن زيد بن
أسلم قال رأيت رجلا شيخنا
بالاسكندرية يقال له سرق
فقات ما هذا الاسم قال
سمانيه رسول الله صلى الله
عليه وسلم اه مع حذف
وذ ك في الاصابة في الكنى
في ترجمة أبي عبد الله القيني
ما نصه أخرج الطبراني من
طريق ابن لهيعة عن بكر بن
سودة عن الجيلي عن أبي
عبد الرحمن القيني أن سرقا
اشترى من رجل براقدميه
فتقاضاه فتمغيب عنه ثم ظفر
بذفاتى به النبي صلى الله عليه
وسلم فقال له ببع سرقا قال

قال رحمه الله (ودينه متعلق برقبته يباع فيه ان لم ينفده سيده) وقال زفر والشافعي رحمه الله متعلق
بالكسب لا بالرقبة فلا تباع رقبته ويباع كسبه بالاجماع لهما ان رقبته ليست من كسبه فلا تباع
في دينه كسبا ثم أموال المولى وهذا لان رقبته ملك المولى فلا تتعلق بهما الدين الا لتعلقه به ولان غرضه بالاذن
تخصيل مال لم يكن لا تنويت مال كان فلا يكون مشروعا أصلا ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق
المولى فيمتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجات ولان بيعة بالدين كان جائزا حين كان
يباع الحر بالدين على ما روى أنه عليه الصلاة والسلام باع رجلا يقال له سرق في دينه فانتسخ في حق الحر
فسبق في حقه على حاله لعدم المانع وفي تعلقه برقبته دفع الضرر عن الناس وحامل لهم على المعاملة وبه
يحصل مقصود المولى لان المعسر الذي ليس له مال لا يعامل أحد خوفا من توى مالههم فلا يحصل غرضه
واذا تعلق برقبته يعامل فيحصل غرضه وينتفي الضرر عنه بدخول ما اشتراه العبد في ملكه وتعلقه
بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيمتعلق بهما جميعا ويبدأ بالكسب لانه أهون على المولى مع ايفاء حق
الغرماء وعند انعدامه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الغرماء ولا يجهل القاضي ببيعه بل يتلوم
لاحتمال أن يكون له مال يقدم عليه أو دين يقتضيه فاذا مضت مدة التأويم ولم يظهر له وجه باعه لان
القاضي نصب ناظر المسلمين وقد نظر للمولى بالتأويم فوجب النظر للغرماء بالبيع ثم بيع القاضي هذا
العبد بجمع عليه بين أصحابنا غير زفر وان كان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى بيع الثاني مال المفلس ولا
يرى الحجر على المكاف والفرق له أنه انما امتنع ببيع الثاني مال المفلس لان بيعه يؤدي الى الحجر عليه
وهو لا يرى حجر المكاف فامتنع لذلك وأما العبد المأذون له فان المولى محصور عليه عن بيعه قبل ذلك لانه
لا يملك بيعه بهما متعلق برقبته الدين لما فيه من ابطال حق الغرماء فلا يكون محصورا عليه ببيع الثاني
ولهذا المعنى يبيع القاضي كسب العبد أيضا والمراد بالدين ما ظهر في حق المولى وأما ما لم يظهر في حقه
فلا يباع العبد به ولا يطالب به الا بهذا الحرية قال رحمه الله (وقسم ثمة بالخصم) أى بين الغرماء لان
ديونهم متعلقة برقبته فيخصمهم في الاستيفاء من البذل كافي التركة ويشترط لبيع العبد نفسه
أن يكون المولى حاضرا لان المولى هو الخصم في رقبة العبد كما اذا ادعى رقبته انسان ولا يكون العبد فيه
خصما وبيع كسبه لا يشترط حضور المولى ويشترط حضور العبد لان العبد هو الخصم في كسبه
الا ترى أنه اذا ادعى كسبه كان هو الخصم فيه قال رحمه الله (وما بقى طواب به بعد عتقه) أى ما بقى
من الدين بعد ما اقسم الغرماء ثمة بطالب به بعد الحرية ولا يطالب به الحال لان دينهم ثابت في ذمته
ولم يستوفوا الكل منه لان رقبته لم تنف به فيبقى دينهم على حاله في ذمته فيستوفونه اذا قدر على ايفائه
ولا يتدرا لا بعد العتق لانه لا يمكن بيعه ثانيا ولا استيفاءه لان المشتري يتضرر بذلك ولانه لو علم المشتري
أنه يباع عليه ثانيا أو يستعصي عتقه من شرائه فيؤدي الى امتناع البيع بالهكسية فيعود الضرر على
غرمائه فلا يشرع ولان الغرماء بالخيار ان شاءوا استوهوا العبد وان شاءوا باعوه فاذا باعوه لم يبق لهم تعلق
به لان من خير بين شيئين أو بين أشياء فاختار أحدها بطل خياره في غيره وليس له الجمع بين الكل ولو
اشتراه بعد ذلك مولاه الذي باعه الغرماء لم يكن لهم على العبد تعلق لان هذا ملك جديد بسبب جديد

(٣٧ - زياده خامس) فانطلقت بفارس منى به أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أيام ثم بدوا في فاعته اه وقال في مجمع البحرين
وسرق مثل زنج من العجابه وهو سرق بن أسد كان اسمه الحباب فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سرقا اه وفي الجمع في باب الجيم
والزنج مثل الحرذ اسم طائر يقال له بالنار سمية درهم برادران اه وفي المغرب وسرق على لفظ جمع سارق اسم رجل وهو الذي باعه رسول
الله صلى الله عليه وسلم في دينه وهو حر اه (قوله الذي باعه للغرماء) أى لاجل الغرماء اه

(قوله وقال زفر لا يتعلق الخ) قال الامام علاء الدين العالم في طريقته قال علماء نازقة العبد المأذون تباع بدين التجارة وقال الشافعي لا تباع ثم قال فيها على هذا الخلاف ارشيد العبد وما كتبه العبد من الصيد والخطب والحشيش عندنا يصرف الى الدين وعنده لا يصرف وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره في باب الدين يلحق المأذون في التجارة قال أبو حنيفة وأبو يوسف وحجده ما يلحقه من دين من شراء أو بيع أو استئجار أو غيره أو غصب أو ودية أو مضاربة أو بضاعة أو هاربة محبوسة (قوله ويسلم للمولى الخ) قال الانتاني قال شيخ الاسلام المعروف بنحوه زاد في شرح المأذون الكبير قال أبو حنيفة وأبو يوسف وحجده اذا اذن الرجل لعبد في التجارة فاكسب ما لا يأخذه المولى منه هل يجب على المولى رد مثله (٣١٠) على العبد أو رد عينه اذا لم يستهلكه فلهذا على وجهين إما أن يكون

وتبدل الملك كتبدل العين حكما فصار كأنه عبيد آخر ولا منهم لما اختاروا البيع بطل اختيار غيره على ما بينا ولا منهم لما باعوه ملكا والسعاية للمشتري الاول بما أخذوا منه من الثمن وهو ملكه من المولى الاول فقام مقامه فلا يكون لهم الرجوع عليه كما لا يكون لهم الرجوع على المشتري الاول وفي نفقة الزوجة يباع مزارا كباقي البساتين لان النفقة تتجدد ساعة فساعة فتكون ديناً حاداً باعده البيع ويتعلق دين الغرماء بجميع ما في يده من المال المكتسب بعد الدين وقبله بأي سبب كان وقال زفر لا يتعلق دينه الا بما كتبه بطريق التجارة ولا يتعلق بما وهب للعبد أو تصدق به عليه لان وجوب الدين عليه بسبب التجارة فما كان من كسب تجارته يتعلق به الدين لا اتحاد السبب وما لم يكن من كسب تجارته فهو كسائر أموال المولى قلنا حق العبد مقدم على حق المولى فانه لا يأخذ من كسبه الا الفاضل منه لان العبد من أهل الاستحقاق فلا يسلم للمولى الا بشرط الفراغ عن حاجة العبد لان العبد ليس بأهل للملك فيخلفه كالميت يخلفه وارثه بشرط الفراغ عن حاجته ولا فرق في ذلك بين أن يكون مكتسباً بطريق التجارة أو غيرها كتركه الميت ويسلم للمولى ما أخذ من العبد قبل حقوق الدين لانه حين أخذه منه كان فارغاً عن حاجته فيخلص له بمجرد القبض ولو كان المولى يأخذ من العبد كل شهر الغلة قبل حقوق الدين كان له أن يأخذ بعد حقوقه غلة مثله استحسننا والقياس أن لا يجوز له ذلك لان حق الغرماء مقدم في كسبه على المولى وجه الاستحسان ان في أخذه الغلة منفعة للغرماء فانه يتركه على حاله لاجل ما يحصل له من المنفعة ولو لم يأخذ يحجر عليه فيمنعهم باب الاكتساب فكان ما يأخذ من الغلة كتحصيل الكسب ا لهم فلا يمنع منه الا اذا أخذ منه أكثر من غلة مثله فيسترد منه الزيادة لانه لو تمكن من ذلك لم يحصل غرض الغرماء فلم يكن في أخذه فائدة لهم فيؤخذ فيه بالقياس فيمنع فيقتد بهم فيه حقهم قال رحمه الله (ويحجر بحجره ان علم بدأ كثر أهل سوقه) وقال الشافعي رحمه الله يحجر صحيح وان لم يعلم به أحد من أهل سوقه وهذا بناء على أن الوكيل ينزل بعزل الموكل وان لم يعلم عندنا لا ينزل حتى يعلم وكذا لا يشترط لصحة الحجر أن يعلم العبد بنفسه عنده وعندنا يشترط هو يقول ان المولى تصرف في خلاص حقه فينفذ ولا يتوقف على علم غيره ولنا ان حجره عليه لو صح بدون علمهم لتضرر رواه لانه ان اكتسب شيئاً فالمولى يأخذه وان سلطه دين يقيم البينة أنه كان حجر عليه قبله فيتأخر حقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وليس بمحقق لا يدري أي عتق أم لا ومتى يعتق فيكون غاراهم فلا يكون محجوراً عليه حتى يعلموا دفعا للضرر عنهم ويكتفي بعلم أكثر أهل سوقه والقياس أن لا يكتفي الا بعلم الجميع دفعا للضرر عنهم وجه الاستحسان أن إعلام الكل متعذر أو متعسر وفيه حرج وهو مندفع فيكتفي بالاكثر لان الاشهر هو المنة ويحصل بذلك ولو حجر عليه بحضرة الاقل لم يصح محجوراً عليه حتى لو باعه من علم

على العبد دين أول يكن فان لم يكن عليه دين فانه لا يلزمه رد شيء على العبد وان لحق العبد دين بعد ذلك وان كان عليه دين وقت اخذ كان عليه أن يرد عين ما قبض الى العبد ان كان قائماً بعينه وان استهلكه رد عليه مثله اه (قوله استحسننا) قال الانتاني وجه الاستحسان أن المولى انما لا يملك أخذ كسب عبده المدين اذا لم يعط العبد بازاء ما أخذ عوضا بعدله فاما اذا أعطى بازاء ما أخذ عوضا بعدله فانه يملك ذلك ألا ترى أنه لو اشترى شيئاً من كسبه عمل قيمته وعليه دين جاز ذلك لانه أخذ منه بوضعه بعدله فاذا ثبت هذا نقول غلة المثل أنخذت ما بعوض وهو ما ترك على العبد من الاستخدام فانه كان للمولى أن يستخدم عبده المدين فاذا أخذ منه غلة المثل فقد ترك عليه الخدمة فكان أخذ ما أخذ بعوض بعدله فصحيح

أخذه بخلاف ما زاد على غلة المثل لانه أخذ بعوضه وانما كان للمولى استخدام عبده المأذون لانه ان كان للغرماء في هذا منهم العبد حق فله مولى فيه ملك فاذا كان مشتركا بين اثنين لا يبطل حق المولى فاذا كان مجرد حق فأولى أن لا يبطل حق المولى في الخدمة اه (قوله وان لم يعلم به أحد من أهل سوقه) وهذا في الحجر قصدى أما اذا ثبت الحجر ضمناً فلا يشترط علم أهل سوقه كما في عزل الوكيل حكماً اذا باع المأذون أو وهبه من رجل فقبضه الموهوب له فيحجر حكماً ولا يشترط علم أحد اه انتفاني (قوله ولو حجر عليه بحضرة الاقل الخ) قال الانتاني فاذا باع العبد المأذون له في التجارة واشترى فله دين أول يلحقه ثم أراد مولاه أن يحجر عليه فليس يكون الحجر الا في أهل سوقه ولو حجر عليه في بيته ثم باع العبد أو اشترى وهو قد علم بذلك فبيعه وشراؤه جائز

(قوله كما ينبغي الوكيل على وكالته الخ) ولو خرج العبد الى بلد للتجارة فأتى المولى أهل سوقه فأشبههم أنه قد حجج عليه والعبد لا يعلم بذلك لم يكن حجرا عليه لان الأصل في الاذن والجرح هو العبد وانما ثبت حكمه في حق غيره تبعا لما ثبت حكمه في حقه لعدم العلم فكذا في حق غيره ألا ترى أن هذا بمنزلة العزل في حقه وحكم العزل ينتف على العلم واذا باع بعد ذلك أهل سوقه أو غيرهم فهو جائز لان حكم الاذن قائم وان علم العبد بذلك بعد يوم أو يومين فهو محجور عليه لان الجرح صحيح الا أنه لم ينفذ لعدم العلم حتى لا يؤدي الى التعرور في هذا اذا علم بمنزلة عزل الوكيل وما اشترى وما باع قبل أن يعلم به فهو جائز لان حكم الجرح مقصور على العلم اه اتقاني وكتب ما نصه واذا أشبه المولى أهل السوق أنه قد حجج على عبده وأرسل اليه رسولا أو كتب اليه كتابا فبلغه الكتاب أو أخبره الرسول فهو محجور عليه لان العلم قد وقع به لان قول الرسول كقول المرسل وكذلك الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وسواء كان (٣٩٩) الرسول عدلا أو غير عدل لان الرسول

ينقل كلام المرسل ولو أخبره بذلك رجل لم يرسله مولا لم يكن حجرا في قول أبي حنيفة حتى يخبره رجلان أو رجل عدل يعرفه العبد وقال أبو يوسف ومحمد إن أخبره بذلك رجل أو امرأة أو صبي أو عبد صار محجورا عليه بهد أن يكون الخبر حقا وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة فاشترى وباع وهو لا يعلم بأذن المولى ولم يعلم به أحد فهو ليس بمأذون ولا يجوز شيء من ذلك لان الاذن لا يسمى اذنا بدون العلم فلو أمر المولى قوما أن يبايعوه فبايعوه والعبد لا يعلم بالاذن كان شراؤه وبيعه جائزا هذه رواية المأذون وفي رواية الزيادة لا يجوز وقال نضر الاسلام في باب بيع الاب والوصى من زيادة رجل قال رجل بع عبدي هذا من ابني فلان بكذا فذهب فباعه

منهم ومن لم يعلم جازا لبيع لانه لما صار مأذونا له في حق من لم يعلم صار مأذونا له في حق من علم أيضا لان الاذن لا يقبل التخصيص على ما بينا ونقول ان الجرح لا يتجزأ كما لا يتجزأ الاذن لانه ضد فكل واحد منهما ما لا يقبل التخصيص فترجع جانب الكثرة فيكون الحكم له لان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام لا سيما في موضع الاشتهار لانه من الاكثر يحصل الاشتهار حتى يستوعب الكل ولهذا اكتفى بتبليغ الرسالة الى الاكثر حتى لا يعذر أحد بعد ذلك بالجهل بأحكام الشرع بل يلزمه بعد الاسلام وان كان جاهلا بها بخلاف ما اذا كان في موضع لم يبلغه كدار الحرب ويبقى العبد مأذونا له الى أن يعلم بالجرح كما ينبغي الوكيل على وكالته حتى يبلغه العزل ولانه لو انحجر من غير علمه لتضرر بتصرفه بعد الجرح ويلزم قضاء مالزمه به بعد الحرية من خالص ماله وهو لم يرض به وانما يشترط أن يكون الجرح شائعا فيما اذا كان الاذن شائعا أما اذا لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجج عليه بعلم العبد صار محجورا عليه لعدم الاضرار بأحد قال رحمه الله (وعوت سيده وجنونه وطوقه بدار الحرب هرتدا) أي يصير محجورا عليه بهذه الاشياء علم العبد أولم يعلم لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء كأنه يأذن له ابتداء في كل ساعة لم يمكنه من الفسخ والجرح عليه في كل ساعة فتركه على ما كان عليه كأنشاء الاذن فيه فيشترط قيام الاهلية في تلك الحالة كما يشترط في الابتداء وقد زالت الاهلية بالموت والجنون وكذا باللعاق لانه موت حكما حتى يمتق مدبروه وأمهات أولاده ويقسم ماله بين ورثته فصار محجورا عليه في ضمن بطلان الاهلية فلا يشترط فيه علمه ولا علم أهل سوقه لان الجرح حكما فلا يشترط فيه العلم كأنه زال الوكيل بهذه الاشياء وبافتراق الشريكين وكما اذا أخرجه المولى عن ملكه وكالمشركة المناوضة تبطل ملك أحداهما ما لا تصح فيه الشركة وتصبح عتانا وان كان أحدهما لا يملكها والمراد بالجنون المطبق وقد ذكرناه في الوكالة والاختلاف فيه قال رحمه الله (وبالاباق) أي وبالاباق أيضا يصير محجورا عليه حكما حتى لا يشترط أن يعلم أهل سوقه كما في الجنون وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يكون محجورا عليه بالاباق لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن ألا ترى أنه اذا أذن لعبده المحجور عليه الا بقبضه وجاز للعبد أن يتجرأ إذا بلغه فلان لا يمنع بقاءه وهو دونه أولى فصار كما اذا غصب وهذا لان صحة الاذن باعتبار مالك المولى وقيام رأيه ولم يخل ذلك باباقه فكيف يصير محجورا عليه بخلاف ما اذا جن المولى واخوانه على ما بينا ولما أن المولى لم يرض بتصرف عبده المتمرد الخارج عن طاعته عادة فكان حجرا عليه دلالة والجرح مما ثبت بالدلالة كالاذن والاباق يمنع الابتداء عندنا على ما ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواتم الزادة فلما أن غنع ولئن سلمنا

فإن أخبر الابن بذلك صار مأذونا ببيع المبيع وان لم يخبره حتى باعه منه لم يصح وكذلك لو قال اذهب فاشتر عبدا بنى منه بكذا وذكروا في كتاب الوكالة في موضع كذا وقال في موضع يصح اه اتقاني وكتب أيضا ما نصه واذا أذن المولى لعبده في التجارة فلم يعلم بذلك أحد ولم يسمع ولم يشتر حتى حجج عليه بعلم منه غير محضر من أهل سوقه فهو حجج عليه لان هذا اذن خاص ورد عليه جرح خاص فعمل فيه وهذا لانا لو قلنا باعماله فيه لا يؤدي الى التعرور بأحد ولو علموا بذلك قبل أن يقول تجرت كان الجرح باطلا حتى يخبر في أهل سوقه لانه صار عاما ولم يعلم به أحد غير العبد ثم حجج عليه والعبد لا يعلم به فاشترى وباع كان مأذونا والجرح باطل لان حكم الجرح لا يلزمه الا بالاذن اه اتقاني (قوله ولئن سلمنا الخ) وبعض مشايخنا جوزوا ابتداء الاذن لا بقبضه ولم يجوزوا ببقاء الاذن فيه واليه ذهب شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحياني في شرح الكافي وصححه صاحب الهداية اه اتقاني

فالدلالة ساقطة العبرة مع التصريح بخلافها وأما الغصب فإن كان المولى يتمكن من أخذه بان كان
الغاصب مقرا بالغصب أو كان للمالك بينة يمكنه أن ينتزعه من يد الغاصب وينزع كسبه فيجوز أن يأذن
له ابتداء فكذلك بقاء دلالة وان كان لا يتمكن من أخذه بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن للمالك بينة يمنع
الأذن ابتداء فكذلك بقاء عدم ما يدل عليه ولو عاين من الأبق فالصحيح أن الأذن لا يعود قال رحمه الله
(والاستيلاء) أي الأمة المأذون لها تصير محجورا عليها باستيلاء المولى وقال زفر رحمه الله لا تصير
محجورا عليها وهو القياس لأن المولى إذا أذن لام ولده ابتداء يجوز فكذلك بقاء وجه الاستحسان أن العادة
جرت بتخصيص أمهات الأولاد وأنه لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة والتجارة ودليل
الجور كصريحه كما قلنا بخلاف ما إذا أذن لأقرب له صريح حالان الصريح يفوق الدلالة فكان أولى بالأخذ
به ونظيره إذا قدم مائة لانسان يكون إذا ناله بالكل حتى حل له تناول ثم إذا نهى صريحا عن الأكل
لاعتبار الدلالة قال رحمه الله (لا بالتدبير) يعني المأذون لها لا تصير محجورا عليها بالتدبير لأن العادة لم تجر
بتخصيص المدبرة فلم يوجد دليل الجور فثبتت على ما كانت إذا تناهى بين حكمي التدبير والأذن لأن حكم
التدبير انعقاد حق الحرية في الحال وحقيقة الحرية في المال وحكم الأذن فحق الجور وحق الحرية
لا يمنع فكذلك الجور قال رحمه الله (وضمن به ما قيمته من الغرماء) أي ضمن المولى بالاستيلاء والتدبير قيمتهما
لأنه أتلف بالتدبير والاستيلاء محلا تعلق به حق الغرماء لأنه بقوله امتنع بهما وبالبيع يقضي حقهم
قال رحمه الله (وان أقرب عا في يده بعد حجره صريح) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله سواء أقر بأنه أمانة عنده
أو غصب أو أقرب دين فيقتضيه منه وقال أبو يوسف وشيخنا رحمه الله لا يصح إقراره وهو القياس لأن المصحح
لا قراره هو الأذن وقد زال بالجور ويده على أكسابه قد بطلت بالجور لأن يد المحجور عليه غير معتبرة فصار
كما إذا أخذه المولى من يده بعد حجره عليه قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع ونحوه أو كان عليه دين مستغرق
لمافي يده قبل الحجر فأقر بعد الحجر بدين آخر أو كان الذي في يده من المال حصلا بعد الحجر بالاحتطاب
ونحوه ولهذا لا يصح إقراره في حق رقبته بعد الحجر عليه حتى لا تباع رقبته بالاجماع ولا يلزم على
هنا عدم أخذ المولى ما أودعه عبده الغائب المحجور عليه لأن منع المولى من أخذه هناك فيما إذا لم يعلم
أنه كسب العبد حتى إذا علم أنه كسبه كان له أن يأخذه ووجه الاستحسان أن المصحح لا إقرار قبل الحجر
عليه هو اليد ولهذا لا يصح إقراره قبل الحجر عليه فيما أخذه المولى واليسد باقية حقيقة وشرط بطلانها
بالجور حكما فإعنا في يده من الأكساب عن حاجته وإقراره دليل على تحققها بخلاف ما إذا انتزعه المولى
من يده قبل الإقرار لأن يده قد زالت عنه ويد المولى ثابتة فيه حقيقة وحكما فلا تبطل بإقراره وبخلاف
إقراره بعد ما باعه المولى من غيره لأنه بالدخول في ملك غيره صار كعين آخر لما عرف أن تبدل الملك كتبدل
العين فصار إقراره كإقرار عبدا آخر فلا يقبل فيما في يده كما لا يقبل فيما آخر به من يده وبخلاف ما إذا كان
عليه دين مستغرق لمافي يده وقت الحجر عليه لأن حق أصحاب الديون تعلق بمافي يده فلا يقبل إقراره
في إبطال حقهم فيقتضون على المقر له كالمريض يشترط دين وعليه دين في صحته فإن إقراره لا يقبل في حق
غرمائه فيقتضون عليه وبخلاف ما اكتسبه بعد الحجر لأن حقهم لم يعلق به لما أن حق الغرماء
لم يتعلق بكسب المحجور عليه وبخلاف رقبته لأنه ليست في يده ولأن ملك المولى في الرقبة ثابت حتى
ينفذ فيها اعتاقه وان كان على العبد دين مستغرق فلا يملك إبطاله بخلاف ما في يده من الأكساب فإن
المولى لا يملكه إذا استغرقه الدين ويد العبد فيه ثابتة حقيقة ولو ارتفعت لارتفعت حكم الحجر
وشرط ارتفاعه بالجور أن لا يكون عليه دين ألا ترى أن المولى ممنوع عن إبطال يد العبد مادام عليه دين
حتى يوفيه ولما كان شرط ولاية إبطال يد العبد عدم الدين لا يحكم بنفاذ الحجر في حق زوال يد العبد
عما في يده ما لم يثبت عدم الدين بدلا ولا يكتفي بثبوت عدم الدين لعدم دليل وجوده كمن قال لعبده ان
لم أدخل الدار اليوم فأنت حر فغضى اليوم لم يعتق إذا ادعى المولى الدخول وان كان الأصل عدم الدخول

قال شيخ الإسلام علاء الدين
الاسيحي في شرح الكافي
فإن بايحه رجل ثم اختلعا
فقال المولى كان أبقا وقال
الذي بايحه لم يكن أبقا
يصدق المولى على أبقاه
الابينة لأنه يدعي الحجر بعد
الأذن ولأن الظاهر يشهد
لأنه الغالب في العبد
الانقياد والطاعة دون
التمرّد فإن أقام المولى البينة
أنه أبق منه إلى موضع كذا
وأقام الذي بايحه البينة
أن المولى أرسله إلى ذلك
الموضع ليشتري فيه ويبيع
فالابينة بينة الذي بايحه
العبد أيضا والقياس أن
تكون البينة بينة المولى لأنه
هو المتدعي ألا ترى أن القول
قول الآخر ولكن نقول بأن
بينة الذي بايحه العبد أكثر
اثباتا لأنه ثبت طاعة العبد
وكونه مأذونا ظاهرا وفي
الطبيعة غرضه اثبات
استحقاق رقبته بالدين
والمولى يثبت الأبقا ظاهرا
وفي الحقيقة غرضه نفي
الاستحقاق والبيّنات حجة
لأنه عين فكان قبول بينة
من هو مدع من كل وجه
أولى اه انتحائي (قوله)
فالصحيح أن الأذن لا يعود
أي لا يزول ولاية البيع
بالأبقا فيعتبر بمالو زال
ولاية البيع بزواله عن ملكه
ولو زال ولاية بيع المولى
بزوال ملكه ثم عاد العبد
إلى قديم ملكه لا يعود مأذونا فكذلك هذا اه انتحائي

(قوله ويغرم قيمته للغرماء) أي ان كان المولى موسرا وان كان معسرا فالغرماء أن (ص ٩٩) يضمنوا العبد المعتق ويرجع هو بذلك

على المولى وبه صرح الكرخي
في مختصره اه اتفقنا
(قوله على ما ينبغي تقريره
من بعد) أي في كتاب القسمة
اه تقدم في آخر كتاب الصلح
اه (قوله فليس له أن يبطل
حقهم) اعلم أن العبد المأذون
المدين اذا باع من مولا شيئا
عش قيمته جاز باتفاق أصحابنا
جميعا لأن البيع مفيد أما
عند أبي حنيفة فلا يفيد
ملك الرقبة والتصرف في
الكسب لأن دين العبد
يمنع ملك المولى في الكسب
والبيع أفاد الملك فيه وأما
عند أبي يوسف وشعبدلانه
يستفيد ملك اليد والتصرف
في كسب العبد ويجوز أن
يثبت للعبد على مولا مدين
لأنه مفيد لخلق الغرماء كما
يثبت للمالك في كسبه ولهذا
لو استملك المولى شيئا من
كسب عبد المأذون المدين
يضمنه للعبد فصار كبيع
المضارب مال المضارب من
رب المال لأنه يفيد التصرف
بخلاف ما اذا لم يكن على العبد
دين حيث لا يجوز بيعه
من مولا لأنه ليس بعقيد لأنه
مولا علة ولا رقبة وتصرفا
هذا اذا باعه بعش القيمة
أما اذا باعه من مولا بأقل
من قيمته بأن حاشي في الثمن
لا يجوز أن لا أطلق القدوري
الجواب في مختصره بلا ذكر
الخلاف فقال وان باعه
بنقصان لم يجز وقال الأمام

وهو ثابت لعدم دليل الدخول لأن عدمه لما جعل شرط الثبوت الدقيق لم ينفذ العتق بالعدم الثابت لعدم
دليل الوجود فكذا هذا وهو الذي يقره الفقهاء الظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع وهو استصحاب
الحال وان لم يثبت الحجر بمثل هذا لعدم في حق ما في يده بقي الاذن على حاله في حقه كأنه لم يحجر عليه
قال رحمه الله (ولا يملك سيده ما في يده ولو أحاط دينه بحاله ورقبته فبطل تحريره عسرا من كسبه)
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال علة ما في يده من كسبه ويتفد عتقه في عسره ويغرم قيمته
للاغرماء لأنه علة المأذون له فيملك كسبه بالضرورة لأن ملك الرقبة سبب للملك كسب الرقبة لأن الرقبة
أصل وكسبه فرع واستغفرا فها بالدين لا يوجب خروج المأذون له عن ملكه حتى لو أعتقه بنفسه فعتقه
فيه وملك وطء المأذون لها فكذا كسبه الذي في يده لأنه يتبع أصله فيكون مثله وتعلق حق الغرماء به
استيفاء لا يوجب خلافا في ملكه ولو أوجب له طء المأذون لها إذ الوطء لا يجعل بدون كمال الملك
بخلاف الوارث اذا أعتق عبدا في التركة وهي كلها مشغولة بالدين حيث لا ينفذ العتق لأن انتقال الملك
إلى الوارث عند استغنائه عنه نظره ولهذا يقدّم في الإرث الأقرب فالأقرب لأن الصرف إلى الأقرب
أنفع له فاذا كان عليه دين كان النظر له في الصرف إلى قضاء الدين دون النقل إلى الورثة فلا يملكونه
ولا أبي حنيفة رضي الله عنه أن ملك المولى انما يثبت في كسب العبد التاجر خلافة عنه عند فراغه
عن حاجته كملك الوارث على ما بيناه والمحيط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه ولا يدخل في ملكه
فلا يعتق باعتاقه لأنه لا يعتق فيما لا يملكه ابن آدم بخلاف رقبة لأن المولى لا يخلفه في ملك رقبة بل كان
ماله كله من قبل الاذن فبقي له كسبه بعد الدين على ما كان قبله وهو نظير المكاتب فان المولى يملك رقبة
حتى يعتق باعتاقه ولا يملك ما في يده من كسبه حتى لا ينفذ عتقه فيه فاذا انفسد عتقه في رقبة المأذون
له عنده وعندهم ما فيه وفي كسبه يغرم المولى للغرماء قيمته لأنه تلف بالاعتاق ما تعلق به حقهم وكذا لو
ألف المولى ما في يده من العبد يضمن لما ذكرنا لكن يضمن قيمته الحال عندهما لأنه ملكه وانما يضمنه
لتعلق حق الغير به وعندده في ثلاث سنين لأنه ضمان جنابة لعدم ملكه ولو اشترى دار حرم حرم من
المولى لم يعتق عنده لعدم الملك وعندهما يعتق ولو استولى بغيره عسره المأذون له وعليه دين
مستغرق صارت أم ولد له ويضمن قيمتها ولا يضمن عتقه ولا قيمته ولدها وهذا بالاتفاق لأن عندهما
ملكه باق حقيقة وعندده صادف حق الملك ولهذا لا يجوز للمولى أن يزوجها ولو أعتقها المولى وعلى
العبد دين مستغرق ثم وطئها فولدت عتقت بالاستيلاء وعليه المقر لها ويثبت نسب الولد منه عند
أبي حنيفة رضي الله عنه لأن العتق توقف عنده على أن ينفذ عند ذلك الجارية ألا ترى أنه لو قضى دين
الغرماء أو أبرأ الغرماء العبد عن ديونهم حتى ملك الجارية نفذ عتقه فكذا اذا ملك الجارية بالاستيلاء
ذكره في المحيط قال رحمه الله (وان لم يحط بسخ) أي وان لم يحيط الدين برقبته وما في يده جاز عتقه وهذا
بالإجماع أما عند علماء الظاهر فكذا عنده في قوله الاخر وفي قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لأن
الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين التملك والكثير كما في الرهن وجه قوله الاخر أن الشرط
هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز أن يمنع الملك في الكل لأن شرط عدم الملك لم يوجد في
الكل ولا يجوز أن يمنع بقدره لأن البعض ليس بأولى من البعض فيمنع الملك في الكل ولأنه لا يخلو عن
قليل دين ولو جعل القليل مانعا لانسداد باب الاتفاغ بكسب عبده فيقتل ما هو المقصود من الاذن وأصله
أن استغراق التركة بالدين يمنع ملك الوارث في التركة وان كان غير مستغرق في قول أبي حنيفة رحمه
الله الاول كذلك وفي قوله الاخر يملك الوارث جميع التركة على ما ينبغي تقريره من بعد ان شاء الله تعالى
قال رحمه الله (ولا يصح بيعه من سيده إلا بعش القيمة) لأنه لا تتم في البيع له بعش القيمة فيجوز وبأنه
منه فيه تهمة فلا يجوز وهذا لأن حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له أن يبطل حقهم بخلاف ما اذا

الاستحباب في شرح الطحاوي والعبد المأذون له في الشفعة فيما بينه وبين غيره كالحري بانه أن المولى اذا باع دارا بجنب داره

العبدان لم يكن على العبد دين فلا شفعة له لانه لو أخذ من باع أو بيع له فلا شفعة له وان كان عليه دين أخذ الدار بالشفعة وكذلك لو باع العبد دارا للمولى شفعها ان كان العبد لادين عليه فلا شفعة له لانه بيع له وان كان عليه دين فله الشفعة ولو اشترى العبد دارا والمولى شفعها فان لم يكن عليه دين فالدار للمولى ولا حاجة الى الاخذ بالشفعة وان كان عليه دين فله ان يأخذها بالشفعة ولو ان المولى باع دارا من العبدان لم يكن عليه دين فلا يكون بيعا وان كان عليه دين فالبيع جائزا يأخذ الشفعان ان كان عتق قيمته أو أقل وان كان أكثر من قيمته فالبيع باطل عند أبي حنيفة ولا شفعة فيه وقال أبو يوسف ومحمد المولى بالخيار ان شاء أبطل الزيادة ويجوز البيع ويأخذ الشفعان بماسم العبد وان شاء رد البيع فلا شفعة للشفيع الا أن يأخذ بجميع الثمن وان كان على العبد دين فباع دارا من المولى ان كان أكثر من قيمته أو عتقها جازا يأخذ الشفعان الدار بالشفعة وان كان أقل من قيمته فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ولا شفعة فيها وعندهما المحابة لا تجوز (٣٩٤) ويأخذ الشفعان الدار بالقيمة ان شاء الى هنا لفظ شرح الطحاوي اه اتفاني

حاجي الاجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لا تهمه نفسه وبخلاف ما اذا باع المريض عينا من وارثه بمثل قيمتها حيث لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله لان المريض ممنوع عن ايثار بعض الورثة بالعين لان الناس لهم أغراض في العين فلا يملك ايثار بعض الورثة بها وفي حق غيرهم ممنوع عن ابطال المسألة حتى كان له أن يبيع جميع ماله بمثل القيمة وبأقل منه الى ثلثي القيمة اذا لم يكن عليه دين لان له أن يحاجي بقدر الثلث كما يجوز له أن يتبرع به وبعد موت المريض الغرماء أحق بالمسألة والورثة أحق بالعين حتى كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة وكذلك بعضهم اذا سلم البعض وهذا الحق لهم في التركة حتى المولى في مال عبده المأذون له المديون حتى كان له استخلاصه بالقيمة وحق الغرماء في الموضوعين لم يتعلق الا بالمسألة حتى لا يكون لهم الاستخلاص بالقيمة أصلا وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله ان باعه من المولى جازا البيع فاحشا كان الغبن أو يسيرا ولكن يخير بين أن يزيل الغبن وبين أن ينقض البيع لان في المحابة ابطال حق الغرماء في المسألة فيتمضرون به بخلاف البيع من الاجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز عندهما ولا يؤثر المشتري بازائه والمولى يؤمر بازائه لان البيع باليسير من الغبن متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المتوهمين فاعتبرناه تبرعا في البيع من المولى للتممة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحابة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحابة لان المحابة لا تجوز من العبد المأذون له على أصلهما الا باذن المولى ولاذن في البيع من الاجنبي وهو آذن فيما يشتره بنفسه غير أن ازالة المحابة لحق الغرماء واختلفوا في قول أبي حنيفة رضي الله عنه قيل يفسد البيع لان رده هذا البيع للتممة فأشبهه ببيع المريض من وارثه بخلاف بيعه له بمثل القيمة حيث يجوز لانه لا تهمه نفسه بخلاف بيع المريض من وارثه بمثل القيمة عنده حيث لا يجوز لما ذكرنا والاصح أن قوله كقولهما لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة دون البيع فلا أن يكون له ذلك بالبيع أولى فصار تصرفه مع مولاة كتصرف المدين مع الاجنبي والغبن النافش واليسير سواء عنده كقولهما قال رحمه الله (وان باع سيده بمثل قيمته أو أقل صح) لان المولى أجنبي عن كسبه عنده اذا كان عليه دين والكلام فيه لانه لا يملك كسبه فيخرج المبيع عن

رجه الله تعالى (قوله حتى كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة) سيأتي في آخر كتاب الوصية قبيل كتاب الخنثى أن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر فراجع اه (قوله) ولكن يخير بين أن يزيل الغبن أي النافش واليسير أيضا اه (قوله) وبين أن ينقض البيع فأما على قول أبي حنيفة فالبيع لا يجوز وان بلغ المولى الثمن الى تمام القيمة اه غاية (قوله) بخلاف بيع المريض من وارثه بمثل القيمة عنده الخ) قال في المتأخرات وهو نظير اختلافهم في بيع المريض عينا من وارثه أنه لا يجوز عندهما أصلا وعندهما لا تجوز المحابة والجامع التهمة وفرق بينهما ما أبو حنيفة في حكم

وهو أن البيع بمثل القيمة هو ما يجوز وفي المريض لا يجوز لان نفس الايثار بالعين فيه تهمته والتهمته هي في النقصان ملكه وقال شيخ الاسلام علماء الدين الاسيحيون في شرح الكافي والاصح أنه يصح على قول الكل لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلا أن يكون ذلك بالبيع أولى ولو كان المولى أخذ واستهلك فعليه الثمن وتمام القيمة لان المولى مخير بين تميم القيمة وبين نقض البيع حتى استهلكه ثم رنقضه فله تميم القيمة اه غاية قال الكافي رحمه الله وفي الكافي هذا الذي ذكرنا قول بعض المشايخ وهو قوله وان باعه بنقصان لم يجز عنده ويجوز عندهما ويخير المولى الخ والاصح أن قوله كقولهما لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلا أن يكون ذلك بالبيع أولى وصار العبد في تصرفه مع مولاة كالرخص المدين مع الاجنبي وفي المبسوط لم يجز عندهما أين كالرخص المدين مع الاجنبي والاصح أن هذا قولهم جميعا لان العبد مع المولى كالرخص مع الاجنبي وهكذا ذكره في مبسوط الاسيحيون وفي النهاية ما ذكر في الكتاب وان باعه بنقصان لم يجز عنده وقال أبو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى الخ وقع على غير الاصح اه

(قوله أو قبض المبيع بغير إذن المولى) وهذا بناءً على قوله إلا أنه ملكه عندهما اه من خط الشارح (قوله وعن أبي يوسف أن للمولى) أن يأخذ الثمن وفي رواية له الخ اه اتقاني (قوله ولو باع المولى شيئاً من العبد الخ) (٢١٥) قال في الهداية ولو باعه بأكثر من قيمته

يؤمّر بإزالة المحاباة أو بنقص البيع كما ينافي جانب العبد لأن الزيادة تتعلق بهما حق الغرماء اه (قوله كما ينافي) إشارة إلى قوله ويخير المولى بين إزالة المحاباة الخ فصاحب الكتاب أطلق لفظ المحاباة هنا من غير ذكر خلاف وهذا وقع على اختيار صاحب المبسوط من الأصح كما قررنا أما على اختيار صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الإسلام هذا البيع لا يجوز أصلاً عند أبي حنيفة فلا يرد التخيير عنه اه وعندهما يجوز البيع مع التخيير وفي الكافي ويحتمل أن يكون البيع فاسداً عند أبي حنيفة على قول بعض المشايخ كما في الفصل الأول اه (قوله في المتن وصح اعتاقه) قال الامام الاسيحي في شرح الطحاوي المولى إذا اعتق عبده المدين جاز عتقه لأن ملكه باق فيه والغرماء بالخيار أن شاؤا اتبعوا العبد بالدين وإن شاؤا اتبعوا المولى بأقل من قيمته ومن الدين سواء كان عالماً بالدين أو لم يكن عالماً اه اتقاني رحمه الله (قوله لأن الواجب فيها على المولى) أي لأنه عاقلة إلا أنه كان يتخلص منه بالدفع فبالعتق أبطل حق الدفع فصار مختاراً للدين

ملكه فيصح كما في الاجتهاد وعندهما جواز البيع بعتد الفائدة وقد وجدت فان المولى يستحق أخذ الثمن والعبد المبيع فثبت لكل واحد منهما مال يمكن ثباته قبل ذلك فأفاد قال رحمه الله (ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه) أي لو سلم المولى المبيع قبل قبض الثمن بطل الثمن فلا يطالب العبد بشيء لأنه يتسليمه المبيع سقط حقه في الحبس ولا يجب له على عبده دين فخرج بجوابنا بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً حيث يكون المولى أحق به من الغرماء لأنه تعين بالعقد فملكه به عنده وعندهما ما يتعلق حقه بعينه فكان أحق به من الغرماء اذ هو ليس بدين يجب في ذمة العبد ويجوز أن يكون عين ملكه في يد عبده وهو أحق به من الغرماء كما لو غصب العبد شيئاً من ماله أو أودع ماله عنده عبده أو قبض المبيع بغير إذن المولى وبخلاف ما إذا باع العبد من سيده فسلم إليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن لأنه يجوز أن يثبت للعبد المأذون له المدينون دين على مولاه ألا ترى أنه لو استهلك المولى شيئاً من أكساب عبده المدينون ضمن للعبد هذا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أن للمولى أن يسترد المبيع إن كان قائماً في يد العبد ويستحب حتى يستوفي الثمن لأن المولى لم يسقط حقه من العين إلا بشرط أن يسلم له الثمن ولم يسلم فبقى حقه في العين على حاله فيتمكن من استرداده ما بقي العين قائماً في يده لأنه يجوز أن يكون العين المملوكة للمولى في يد عبده فكذا يجوز أن يكون له ملك اليد فيه وأما بعد استهلاكه فقد صار ديناً فلا يمكن إيجابه على عبده قال رحمه الله (وله حبس المبيع بالثمن) أي للمولى حبس المبيع حتى يستوفي الثمن من العبد لأن المبيع لا يزال ملكاً اليد مال يصل إليه الثمن فيبقى ملكاً اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن ولهذا كان أنخص به من سائر الغرماء ولأن الدين يتعلق بالعين لأنه يتألفها أو يسلم بالاستمساك فكان له شبه بالعين المقابل له فيكون للمولى حق فيه لتعلق حقه بالعين ولهذا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب لما أنه مقابل برقيقته مع أنه لا يجب له على عبده دين بخلاف ما إذا سلم المولى المبيع أولاً حيث يسقط دينه لذهاب تعلق حقه بالعين في حصر الثمن ديناً مطلقاً يسقط ولو باع المولى شيئاً من العبد بأكثر من قيمته يؤمّر بإزالة المحاباة أو بنقص المبيع قليلة كانت المحاباة أو كثيرة لأن الزيادة تتعلق بهما حق الغرماء كما ينافي جانب العبد بخلاف ما إذا اشترى من غير المولى حيث يجوز باليسير من المحاباة عندهما وعند أبي حنيفة يجوز مطلقاً اه في قد بيناه وقوله يؤمّر بإزالة المحاباة يدل على أن البيع يقع جائزاً ويجوز أن يكون على الرواية عند أبي حنيفة رحمه الله على ما بيناه هذا كله فيما إذا كان على العبد دين وإن لم يكن عليه دين لا تجوز مبيعته مع المولى لعدم الفائدة لأن الكل ماله ولا حق فيه لغيره قال رحمه الله (وصح اعتاقه) أي جاز اعتاق المولى عبده المأذون له المستغرق بالدين وهذا بالإجماع لقيام ملكه فيه وانما الخلاف في أكسابه بهد الاستغراق بالدين وقد بيناه قال رحمه الله (وضمن قيمته لغرمائه) أي المولى ضمن قيمة المعتق لغرمائه لأنه ألتف ما يتعلق به حقهم بهما واستيفاء من عنده ولا وجه لرد العتق لأنه لا يقبل الفسخ فأوجبنا الضمان عليه دفعاً للضرر عن الغرماء بخلاف ما إذا كان المأذون له مديراً أو أم ولد حيث لا يجب الضمان باعتاقهما للغرماء لأن حق الغرماء لم يتعلق برقيقتهما استيفاءً بالبيع فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلم يضمن شيئاً وإن كان الدين أقل من القيمة ضمن الدين لا غير لأنه حقهم وإن كان الدين أكثر من قيمته ضمن قيمته بالغة ما بلغت لأن حقهم يتعلق بعاليته فيضمنها كما إذا أعتق الراهن المرهون بخلاف ضمان الجنابة على العبد حيث لا يبلغ بدنية الحر لأن القيمة هناك بدل الآدمي من وجهه فلا يباع بدنية الحر وكذا هنا لا يختلف بين ما إذا علم المولى بالدين أو لم يعلم بمنزلة اتلاف مال الغير لما تعلق به حقهم بخلاف اعتاق العبد الجاني حيث يجب على المولى جميع الأرض إن كان إعتاقه بهد علمه بالجنابة لأن الواجب فيها على المولى وهو خير بين

إن كان عالماً بما في الدين فهو في ذمة العبد ألا ترى أنه يباع فيه والمولى أبطل حق البيع ولو بيع لا يكون الاقدار القيمة لأنه لا يشتري في الظاهر بأكثر من القيمة فلذلك لزمته القيمة وفي مسئلتنا لو اختاروا اتباع المولى لا يكون إبراء للعبد ولو اختاروا اتباع العبد لا يكون في

ذلك ابراء للمولى بخلاف الغاصب والغاصب اذا اختار المصوب بمنه تضمن أحدهما انقطع حقه من الآخر والفرق بينهما أن هنالك وجب على كل منهما بطريق الأصلية فإذا ضمن أحدهما فقد ملكه فيه التاميك لا يملك الرجوع عنه وأما هذا الدين وجب على العبد الآن وجب على المولى على سبيل الكسالة وليس في هذا التضمنين تملك الدين من المولى فثبت أنه كالكفيل ومن طالب الكفيل أو المكفول عنه لا يكون في ذلك ابراء عن الآخر فلذلك اقتصروا ولو اختار بعضهم اتباع العبد وبعضهم اتباع السيد فالذي يتبع العبد يأخذه بجميع الدين لأن الدين عليه (٢٩١) والذي يتبع المولى يأخذه منه جميع حقه إذا كان حقه مثل القيمة وما يأخذون من

الدفع والفسد اذ فيه يكون مختاراً للفداء اذ لا اعتاق عالم ولا كذلك هنا لأن المولى ليس عليه شيء وإنما يضمن باعتباره تفويت حقه كاتلاف مال الغير وذلك لا يختلف بين العلم وعدمه وكذلك لو كان الجاني مدبراً أو أمراً ولا يجب على المولى قيمته ليجزئه عن دفعه بفعله من غير أن يصير مختاراً وهذا لا يجب لما ينما قال رحمه الله (وطواب ما بقي لغرمائه بعد عتقه) أي لغرمائه أن يطالبوه بعد الحرية إن بقي من دينهم شيء ولم تفب به القيمة لأن الدين مستقر في ذمته لو جود سببه وعدم ما يسقطه والمولى لا يلزمه الا قدر ما أتلف فبقى الباقي عليه كما كان فيرجع به عليه ولهذا كان لهم أن يتبعوا العبد بالكل ويبرأ المولى عنه لأن دينهم عليه وإذا اختاروا اتباع أحدهما لا يبرأ الآخر كالكفيل مع المكفول عنه بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب لأن هنالك الضمان واجب له على أحدهما فإذا اختار تضمن أحدهما برئ الآخر ضرورة وهذا واجب على كل واحد منهما ما دين على حدة ولو أعتقه المولى باذن الغرماء فله أن يضموا ماله القيمة وليس هذا كاعتناق الراهن باذن المرتهن وهو معسر لأنه قد خرج من الرهن باذنه والعبد المأذون له لا يبرأ من الدين باذن الغريم ذكره في المحيط قال رحمه الله (وان باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرماء البائع قيمته) لأنه متعدي ببيعته وتسليمه إلى المشتري قال رحمه الله (وان رده عليه بعيب رجوع بقيمة وحق الغرماء في العبد) أي إذا رد المشتري العبد على البائع بالعيب بعد ما ضمنه الغرماء قيمته رجوع المولى بقيمة على الغرماء وكان حق الغرماء في العبد لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رده عليه بالعيب كان له أن يرد المصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التي دفعها إليه وهذا إذا رده عليه قبل القبض مطلقاً أو بعد بقضاء لأنه فسخ من كل وجه وكذا إذا رده عليه بخيار الرؤية أو الشرط وان رده بعيب بعد القبض بغير قضاء فلا يسبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لأن الرقبه بالتراضي اقاله وهي بيع في حق غيرهما وان فضل من دينهم شيء رجعوا به على العبد بعد الحرية قال رحمه الله (أو مشتريه) أي أوفعهما واشترى به وهو معطوف على البائع فتقديره وان باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرماء البائع وهو المولى قيمته أو ضمنوا واشترى العبد قيمته لأن كل واحد منهما متعدي في حق الغرماء البائع عما ذكرنا والمشتري بالشراء والقبض والتغيب قال رحمه الله (أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن) أي الغرماء ان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن والعبد ولا يضموا أحد القيمة لأن الحق لهم والإجازة إلا حقة كالاذن السابق كما إذا باع الراهن الرهن ثم أجاز المرتهن البيع بخلاف ما إذا كفله عن غيره بغير أمره ثم أجاز لأن أوقعت غير موجبة للرجوع ولم يتوقف نفاذ الكفالة ولزومها على الإجازة بل نذرت إلى الكفيل غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له ولا كذلك ما نحن فيه فخاصة أن الغرماء مخبرون بين ثلاثة أشياء إجازة البيع وتضمن أيهما شاؤا ثم ان ضمنوا المشتري رجوع المشتري بالثمن على البائع لأن أخذ القيمة منه كالأخذ العين وان ضمنوا البائع سلم المبيع للمشتري وتم البيع لزوال المانع وأيم ما اختاروا تضمنه برئ الآخر حتى لا يرجعوا عليه وان تويت القيمة عند الذي اختاروه لأن المخير

المولى يكون بينهم بالشركة وان لم يكن أصل الدين بالشركة لأنه ثبت حقه في القيمة فصار كالشركة بينهم وما يأخذه من العبد لا يكون بينهم بالشركة إلا إذا كان أصل الدين بالشركة هذا إذا عتقه ولو لم يعتقه ولكن دبره فالغرماء أيضاً بالخيار ان شاؤا اتبعوا المدبر بدينهم فيبتسعون في الدين وان شاؤا اتبعوا المولى بقدر قيمته وفي اختيار أحدهما ابراء الآخر لأن المدبر يكون كسبه للمولى فلم يكن ثبت التضمنين عليه فلذلك اقتصروا وفرق آخر بين هذا وبين العتق وهو أن كل ما يأخذ كل واحد منهم من المدبر يكون بينهم بالشركة وفي العتاق لا يكون والفرق بينهما أن هذا كسب العبد والعبد ليس له أن يقضي غريباً دون غريم كذلك وأما العبد إذا عتق صار حراً فله أن يقضي غريباً دون غريم (قوله فيكون مختاراً للفداء بالاعتاق عالم) أي وان كان غير عالم لم يلزمه شيء

إلا قدر القيمة لا غير اه اتقاني (قوله فصار كالغاصب إذا باع الخ) قال الاتقاني قالوا هذا كالغاصب إذا باع وضمن أنه ينفذ بين البيع حتى لو رده عليه بالعيب سلم له وكان له أن يردّه على المصوب بمنه لأن إذا ضمن قيمته سلم له ولم يعلم بالعيب ثبت حق الرقبه بالعيب واسترداد القيمة لأنه انعتق دينهم ما حكم البيع وكذلك هنا اه (قوله هذا إذا رده عليه قبل القبض) المسئلة مقروضة فيما إذا غيبه المشتري بعد قبضه فكيف يسحق قوله رده قبل القبض ولهذا لم يذكره الرازي في شرحه اه (قوله ثم أجاز) أي المكفول عنه اه (قوله فخاصة أن الغرماء مخبرون الخ) وقد تقدمت متناوئاً شرحاً اه

بين شيئين اذا اختار أحدهما تعين حقه فيه وليس له أن يختار الآخر ولو ظهر العبد بعد ما اختار واتضح
 أحدهما ليس لهم عليه سبيل ان كان القاضى قضى لهم بالقيمة بينة أو بآباء عين لان حقهم يحول الى القيمة
 بالقضاء وان قضى بالقيمة بقول الخصم مع عينه وقد ادعى الغرماء أكثر من مئة فهم بالخيار فيه ان شاؤوا رضوا
 بالقيمة وان شاؤوا ردوها وأخذوا العبد فبيع لهم لانه لم يصل اليهم كمال حقهم بزمهم وهو نظير المصوب
 في ذلك كذا ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط قال الراعى عفو ريد الحكم المذكور في المصوب مشروط
 بأن تظهر العين وقيمتها أكثر مما ضمن ولم يشترط هنا ذلك وانما شرط أن يدعى الغرماء أكثر مما ضمن
 وأن كمال حقهم لم يصل اليهم بزمهم وبينهما تناوت كثير لان الدعوى قد تكون غير مطابق فيجوز أن
 تكون قيمته مثل ما ضمن أو أقل فلا يثبت لهم الخيار فيه وانما يثبت لهم الخيار اذا ظهر وقيمتها أكثر مما
 ضمن فلا يكون المذكور هنا مخلصا قال رحمه الله (وان باعه سيده وأهمل بالدين فلا غرماء رد البيع) لان
 حقهم يتعلق به وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول تام ومؤخر والثاني
 ناقص مهمل وبالسبع نفوت هذه الخيرة فكان لهم رده وفائدة الاعلام بالدين سقوط خيار المشتري في الرد
 بعيب الدين حتى يلزم البيع في حق المتعاقدين وان لم يكن لازما في حق الغرماء هذا اذا كان الدين حالا
 وكان البيع من غير طلب الغرماء والتمن لا يفي بدينهم فأما اذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع
 ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لان حق الغرماء متأخر بخلاف الرهن بالدين المؤجل
 حيث لا يجوز له بيعه لان الرهن ملك اليد فيه فلا يقدر المولى على تسليمه ولا يدلل الغرماء في العبد المأذون له
 ولا في كسبه وانما يتعلق حقهم بحالته قضاء الدين منه وذلك متأخر الى ما بعد حلول الاجل وكذا اذا
 كان البيع بطلبهم لان البيع وقع لاجلهم وادخلهم في البيع بمنزلة بيعهم بأنفسهم فلا ينقض وكذا اذا كان
 الثمن يفي بدينهم ودفعه اليهم لان حقهم قد وصل اليهم فينفذ البيع لزوال المانع وقال صاحب الهداية
 قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم وفيه نظر
 لانه يشترط اليهم أن يكون لهم خيار الفسخ عند وصول الثمن اليهم اذ لم يكن في البيع محاباة وان لم يفي
 الثمن بحقهم وان كان في البيع محاباة ثبت لهم خيار الفسخ وان وفى الثمن بحقهم وليس كذلك بل لهم
 خيار الفسخ اذ لم يفي الثمن بحقهم وان لم يكن فيه محاباة لاجل الاستسعاء وقد ذكره بنفسه قبيلا ولا خيار
 لهم ان وفى الثمن بحقهم وان كان فيه محاباة لو وصل حقهم اليهم ولو قال تأويل المسئلة فيها اذا باعه
 بتمن لا يفي بدينهم استقام وزال الاشكال لان الثمن اذ لم يفي بدينهم لهم نقض البيع كيفما كان واذا وفى
 ليس لهم نقضه كيفما كان واذا لم يوجد شيء مما ذكرنا من تأجيل الدين وطلبهم البيع وفاء الثمن بالدين
 فالبيع موقوف حتى يجوز باجازه الغرماء وهي مسئلة الكتاب على ما بينا وذكر محمد رحمه الله في الاصل
 أنه باطل واختلفوا في معناه فقال بعضهم معناه أنه سبطل لان البيع موقوف والغرماء عطفوا
 وقال بعضهم معناه أنه فاسد بدليل ما قال في الاصل أنه اذا أعتقه المشتري بعد القبض أو بزمه ذلك
 وتلزمه قيمته قال رحمه الله (وان غاب البائع فالمشتري ليس بخصم لهم) أى لو باع المولى عبدا بالدين
 وقبضه المشتري ثم غاب البائع لا يكون المشتري خصما للغرماء اذا أنكر المشتري الدين وهذا عند أبي
 حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يكون المشتري خصما ويقضى لهم بدينهم وعلى
 هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها لغيره او سلمها اليه ثم غاب المشتري الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له
 لا يكون خصما عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في الشفعة هو يقول ان ذا اليد يدعى المالك لنفسه
 في العين فيكون خصما لكل من يمارعه فيها كالموآدع والمالك العبد لا نفسهم أو ادعى رجل أنه رهن عنده
 ولهم ما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشتري فيه يكون الفسخ قضاء على الغائب
 والحاضر ليس بخصم عنه ولا نالو جعلناه خصما لا يفيد لانه يؤدي الى أن لا يجعل خصما في الانتهاء لانهم

(قوله فبيع لهم) لا يتعين
 البيع لهم بل الخيار لهم
 ان شاؤوا باعوه وان شاؤوا
 استسعوه اه (قوله وقيمتها
 أكثر مما ضمن) لما أحاطه
 على مسئلة الغصب كان
 الشرط فيها شرط في هذه
 المسئلة أيضا اه (قوله
 وانما يثبت لهم الخيار الخ)
 لقائل أن يقول لا يشترط
 في ثبوت الخيار لهم أن
 تكون قيمته أكثر مما ضمن
 بل لهم أن يردوا ما أخذوا
 وان كانت قيمته مثل ما ضمن
 أو أقل لان لهم فيه فائدة
 وهو حق استسعائه بجميع
 دينه وهذا هو الجواب اه
 نقلته من خط قارئ الهداية

(قوله ولا يباع حتى يحضر سيده) ساقط من خط الشارح (قوله والقياس أن لا يصدق) أي المبدول لا يثبت الاذن بقوله حتى لا يجعل للبائع المباشرة منه لانه اقراره على مولاه لان حكم اقراره يلزم مولاه وفي الاستحسان يصدق ويقبل قوله لان هذا خبر في المعاملات وخبر الواحد في المعاملات مقبول ألا ترى أن واحدا اذا قال أنا وكيل فلان أو مضارب فلان وليس نفسه أحد يكذب به يقبل قوله لان الظاهر أنه يصدق ولا يكذب فكذلك هنا لان في التجارة منه مولاه فالظاهر أنه مأذون مالم يتبين الخجل ولان الناس حاجة الى قبول قول الواحد في هذا الباب لان الانسان يبعث عبده الى الأسواق (٣١٨) ليتجر أو يبعث مضاربه أو وكيله فلو قلنا ان قولهم لا يقبل لضاق الامر على الناس

اذا أتوا الدين لا يمكن بيعه بدينهم لانه يعود الى ملك البائع وهو غائب وفي بيعه قضاء على الغائب وهو لا يجوز بخلاف ما اذا ادعى المالك لان صاحب اليد يظهر في الانتهاء أنه كان غاصبا منهم والغاصب يكون خصما المصنوب منه وبخلاف دعوى الرهن لان فيه فائدة اذ الرهن لا يباع ولو صدقهم المشتري في الدين كان الغرماء أن يردوا البيع بالاجماع لان اقراره بخجه عليه فيفسخ بيعة اذ الم يف الثمن بدينهم ولو كان البائع حاضرا والمشتري غائبا فلا خصومة بينهم وبين البائع بالاجماع حتى يحضر المشتري لان المالك واليد للمشتري ولا يمكن ابطالهما وهو غائب فالم يطل ملكه لا تكون الرقبة محللا لحقهم لكن لهم أن يضموا البائع قيمته لانه صار مقبولا بحقهم بالبيع والتسليم فاذا ضمموه القيمة جازا لبيع فيه وكان الثمن للبائع وان اختاروا اجازة البيع أخذوا الثمن لان الاجازة الادخلة بمنزلة الاذن السابق ثم المولى يبيع عبده المأذون له المديون بعد العلم بالدين لم يجعل مختارا للفداء بالقيمة ويبيع العبد الجاني بعد العلم بالجناية جعل مختارا للفداء بالارش لان الدين هنا على العبد بحيث لا يبرأ بالعق ولا يجب على المولى شيء ولو اختار المولى الفداء صريحا بان قال أنا أقضي دينه كان عده منه تبرعا فلا يلزمه بخلاف الجناية لان موجبها على المولى خاصة دون العبد فاذا عذر عليه الدفع بتصرفه تعين الارش عليه وبقي واجبا عليه على حاله قال رحمه الله (ومن قدم مصرا وقال أنا عبد زيد فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة ولا يباع حتى يحضر سيده) أي يقبل قوله في الاذن في حق كسبه حتى يقضى دينه من كسبه والمسئلة على وجهين أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل والقياس أن لا يصدق الا بحجة لقوله صلى الله عليه وسلم البيعة على المدعي وكذا القياس أن تشترط العدالة في الخبر لان جانب الصدق بها يتربح ووجه الاستحسان أن الناس تعاموا من غير اشتراط شيء من ذلك واجماع المسلمين بخجه يخص به الارش ويتربط به القياس ولان في ذلك ضرورة وباوى فان الاذن لا يثبت له لعملة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن وما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه وما عت بليته سقطت قضيته وكذا على هذا القياس والاستحسان دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما أشبهها والثاني أن يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء منه فالقياس فيه أن لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر أنه مأذون له لان عقده ودينه عنده عن ارتكاب المحرم فوجب حله عليه لوجوب حمل أمور المسلمين على الصلاح ما أمكن فالعمل بالدليل الظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن العباد فلا يشترط فيه الاخبار أنه مأذون له بل يكفي بظاهر حاله فاذا ثبت أنه مأذون له بظاهر حاله صححت تصرفاته حتى يظهر خلاف ذلك ولزمه الديون فيستوفي من كسبه وان لم يف الكسب بالدين لا تباع رقيقته لان ملك المولى في الرقبة ثابت فلا يصدق اقراره على مولاه ولا يلزم من وجوب الدين عليه أن يباع به ألا ترى أن المديون وأم الولد لا يباعان بالدين بخلاف الكسب لان المولى لا يملكه مادام مشغولا بحاجة العبد وانما يخلفه

لانه حينئذ يحتاج العبد أن يستحب مولاه آتاء الليل وأطراف النهار أو شاهدين عدلين يشهدان على الاذن وكذلك الوكيل والمضارب وما ضاق أمره اتسع حكمه اه اتقاني (قوله لان السكوت محتمل) أي فلا يثبت الاذن بالشك اه وكتب مانصه يحتمل انه مأذون ويحتمل أنه محجور اه اتقاني (قوله ولزمته الديون الخ) ثم اذا لحقه دين كان القياس أن لا يباع ما في يده حتى يحضر مولاه وفي الاستحسان يباع ووجه القياس أن ما في يده مولاه فيكون في بيعه قضاء على مولاه وهو غائب فلا يجوز ولهذا لا تباع رقيقته ووجه الاستحسان أن ما في يده من تجارته والعبد في تجارته كالحر فاذا قبل قوله في التجارة قبل فمما هو من ضروراته او ليس التكسب كالرقبة ليست من تجارته لان ذلك مال المولى في يد المولى كذا ذكره الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير

والامام الاسيحي في شرح الكافي وقال شيخ الاسلام خوارزمي ولو أن الغرماء أقاموا البيعة أن العدم مأذون له في التجارة في العبد محجور والمولى غائب فانه لا يقبل بينهم حتى لا تباع رقيقة العبد بالدين لان هذه البيعة قامت على غائب وليس عنه خصم حاضر لان العبد في حق رقيقته لا ينتصب خصما عن المولى ان يدعى حقا في رقيقته وان أقر العبد بالدين فباع القاضي كسبه وقضى دين الغرماء ثم جاء المولى وأنكر الاذن كاف القاضي الغرماء البيعة على الاذن فان أقاموها والارثوا على المولى جميع ما قبضوا من ثمن أ كسب العبد فلا تنقض البيوع التي جرت من القاضي في كسبه لان القاضي ولاية بيع مال الغائب وتؤخر حقوق الغرماء الى أن يعق العبد لان الاذن لم يثبت لما أنكر المولى فكان محجورا والمحجور لا يؤخذ بضممان الاقوال للحال وانما يبيع بعد العتق اه اتقاني رحمه الله تعالى

(قوله في المتن وان اذن الصبي

الح) قال الاتقاني المافرغ
من بيان اذن العبد شرع
في بيان اذن الصبي الذي
يعقل والمعتوه وقدم الاول
لكثرة الاستساج اليه بكثرة
وقوعه ولان اذن العبد صحيح
اتفاقا بخلاف اذن الصبي
فان فيه خلاف الشافعي
والاصيل عدم الخلاف
فقدم الجمع لكونه أصلا اه
(قوله دون نوع) فاذا اذن
له في نوع من التجارة يكون
مأذونا في الانواع كلها اه
اتقاني (قوله ويكون مأذونا
له بسكوت الولي) قال الاتقاني
هذا في الاب والجد والوصي
لا في القاضي الا ترى الى ما
ذكر في الفتاوى الصغرى أن
القاضي اذا رأى الصغير
أو المعتوه يبيع ويشترى
فمست لا يكون مأذونا في
التجارة ونقله عن مأذون
خواهر زاده اه (قوله
ويعرف الغبن اليسير من
الفاحش) وليس المراد منه
أن يعرف نفس العبارة فانه
ما من صبي لقن البيع والشراء
الا وتلقنهما كذا قال شيخ
الاسلام خواهر زاده اه
(قوله وقال الشافعي الح)
قال الاتقاني وعند الشافعي
اذن الصبي العاقل باطل
وعلى هذا الخلاف اذن العبد
الصغير جائز اه (قوله
أنه يقرب المصالح ويبعد)
والذي بخط الشارح انه يعرف
المصالح ويبعد اه (قوله
كقولنا الهبة) أي والاسلام اه

في الفاضل عن حاجته قال رحمه الله (فان حضر وأقر بأذنه ببيع والا فلا) أي لو حضر المولى فأقر بالأذن
بيعه بالدين اظهر الدين في حقه باقراره وان قال هو محجور عليه كان القول قوله لم يكد بالظاهر فلا يباع
الا اذا ثبت الغرماء الاذن منه بالبيعة حينئذ يباع لان الثابت بالبيعة كالثابت عينا اذ هو مبينة
كاسمها قال رحمه الله (وان اذن الصبي أو المعتوه الذي يعقل البيع والشراء عليه فهو في الشراء والبيع
كالعبد المأذون له) يعني في جميع ما ذكرنا من الاحكام التي ذكرناها في العبد والمراد بكونه يعقل البيع أن
مأذونه بسكوت الولي حين ما يراه يبيع ويشترى ويصح اقراره بما في يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن
الفاحش عنده خلافا لهم الى غير ذلك من الاحكام التي ذكرناها في العبد والمراد بكونه يعقل البيع أن
يعلم أن البيع سالب للملك والشراء جالب له وأن يقصد به الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش وقال
الشافعي رحمه الله لا تنفذ تصرفاته وأصل الخلاف بيننا وبينه في أن عبارة صالحة للعقود الشرعية
عندنا فيما هو متردد بين النفع والضرر أو النفع المحض وعنده غير صالحة للعقود حتى لو توكل بالتصرف
جاز وعنده لا يجوز له قوله تعالى ولا تؤثروا السفهاء أموالكم وقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح فان
آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم بشرط البلوغ والرشد يدفع اليهم في هذه الآية ونهى عن الدفع
الى السفهاء في الاولى وهما مسنهيان والى سائر الغن ولا هم ما يجوز عليهم ما لا جمل أنفسهم ما شرعا وعله الحجر
قائمة بما فلا تزول بالأذن بخلاف العبد لان الحجر عليه لحق غيره وهو المولى وقد زال بالأذن ولا هم ما مولى
عليه ما في هذا التصرف حتى يملكه الولي ويملك حجره ما فلا يصح لسان أن يكونا وليين للشافعي لان كونهما
موايا عليهم سببه الحجر وكونهما وليين سببه القدرة والجزو والقدرة لا يجتمعان فصار كالتقوى والطلاق
بخلاف الصوم والصلاة والوصية واختيار الصبي أحد أبويه على أصله لان الولي لا يتولى هذه الاشياء
فلا يكون موايا عليه فيهما فلا تنافي فتصح منه ولان فيه ضرورة لعدم امكان تخصيصه من جهة الولي
فقلنا بصحة ما منه كي لا تنفذ هذه المصالح بخلاف البيع والشراء ولنا قوله تعالى وابتاعوا البتاي أمرنا
بالابتلاء وهو الاستحسان والاختبار هل هو رشيد أم لا وذلك بأن يؤذن له في التجارة وهذا يفيد أن الصغير
أهل للتصرف وأن تصرفه جائز لان اليتيم حقيقة اسم للصغير الذي لم يبلغ لقوله عليه الصلاة والسلام
لا يتم بعد الاحتلام وقوله تعالى وآتوا البتاي أموالهم وهذا أمر يدفع أموالهم اليهم فاولا أن تصرفه
معتبر شرعا لما أمر بدفعه اليهم لان الدفع اليهم يمكن لهم من التصرف فيه ولان التصرف المشروع
صدر من أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بفحواه كالعبد المأذون له ولا خفاء
في شرعية التصرف والمحلية وكذا في الاهلية لان الاهلية للتصرف بالتمكك عن تمييز وبيان لا عن تلقين
من غير تمييز والكلام في مثله فتثبت الولاية صونا لكلامه عن الالغاء والحجر عليه اه عدم هدايته الى
التصرف لالذاته وبأذن الولي يستدل على ثبوت هدايته الى التصرف اذ لا بأذن له ظاهرا الا بعدم معرفة
هدايته وبقاء ولاية الولي لاجل النظر لتسعه له طرق التخصيل بطريقين مباشرة ومباشرة
الولي ويمكن الولي من تجره لاحتمال تبدل حاله ومتى جعلناه وليا باختيار الاهلية لم نجعله موايا عليه
ومتى جعلناه موايا عليه باعتبار قصور الولاية لم نجعله وليا فيه فخصاله أنه يعرف المصالح ويبعد من
المضار وهو متحقق للنظر ومصون عن الغرر وفي اعتبار كلامه ذلك وفي عدم اعتبار ما هدار آدميته
والحاقه باليهام وهو ضرر محض بخلاف الطلاق والعنق لان الضرر محض فلم يؤهل له ولا يملكه وان اذن له
الولي والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن ويملكه والمتردد بينهما كالبيع والشراء
والاجارة ونحوها يؤهل له بعد الاذن ويملكه ولا يملكه لا لاحتمال بيع أنه أهل للتصرف لما ذكرنا
حتى لو باشره قبل الاذن يكون موقوفا على اجارة الولي حتى اذا رأى فيه مصلحة أجاز له وهذا لا يثبت
البالغ من حيث انه عاقل تميز وينسب له الجنون والطفل الذي لا يميز من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب

(قوله وصاحب الشرطة لا يصح الخ) واذن أمير الشرطة ولم يول القضاء باطلاً لأنه انما أقيم لأمر خاص فلا يلي التصرفات على الناس والشرطة خبير الجند والجمع شرط وصاحب الشرطة يراد به أمير البلدة وانما سمي الشرط لأنهم شرطوا أي اعملوا لأنفسهم عملاً يعرفون بها اه اتقاني مع حذف (قوله ولا يملك تزويج العبد) في الهداية ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته قال السيد وانما يملكها مع أن الأب والوصي يملكان لأن تصرفهما يد بشرط النظر في تحقق في الكتابة النظر وأما تصرف الصبي بعد الاذن مقيم بالتجارة والكتابة ليست بتجارة اه وفي الهداية ولا يزوج عبده قال السيد فيه إجماع وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف فإنه يجوز عبده اه وفي شرح الاتقاني انما قيد بالعبد (٢٢٣) لأن الصبي يملك تزويج أمته من عبده غيره أو من أجنبي ولا يملك تزويج أمته من عبده نفسه

وبه صرح شيخ الاسلام
خواجه زاده اه (فرع)
ولو أذن المعتوه الذي يعقل
البيع والشراء في التجارة
لأنه كان باطلاً لأنه مولى
عليه فلا يلي غيره كذا في
شرح الكافي وموت الأب
أو وصيه جرح على الصبي لأنه
يتصرف بولايتهم وأما
وقد زالت ولايتهم وأما
بوتهم ما ولو كان القاضي أذن
للصبي أو المعتوه في التجارة
ثم عزل القاضي لا يتصرف
بولاية نفسه بل يتصرف
بولاية الخليفة أو ولاية المسلمين
(١) لأن ذلك قائم لا ترى
أن أذنه بمنزلة الحكم منه
وسائر أحكامه لا تبطل بوعده
وعزله فكذلك هذا وقال
خواجه زاده في مبسوطه اه
كان للصبي أو المعتوه أب أو
وصي أو جد أو الأب فرأى
القاضي أن يأذن للصبي
أو المعتوه في التجارة فأذن له
وأبى أبوه فأذنه جائز وإن
كانت ولاية القاضي على
الصغير مؤخراً عن ولاية

وفي عقلة قصور وللغير عليه ولاية فالحقناه بالمبالغ في التصرف النافع وبالمجنون في الضرر وفي المتردد
بالمجنون قبل الاذن وبالبالغ بعده ولا يقال قد يتبع البيع أيضاً فلهما محضاً بأن باع شيئاً بأضعاف قيمته
فأذا وقع ذلك ينبغي أن ينفذ بغير إجازة الولي لأن العبرة بالأصل ووضعه دون ما يرضى له باتفاق الحال
والبيع في أصل وضعه متردد بخلاف الهبة لأنهم لا يرضون بمحض وقبولها نفع محض ولا مدخل للولي فيها
والمنهي عن الدفع في الآيه أموالنا وكلامنا وقع في أموالهم والمذكور في الآيه الثانية الدفع إليهم
أموالهم عند البلوغ وعند إنباس الرشد منهم وذلك لا ينفى الدفع في غير تلك الحالة لما عرف أن تخصيص
الشيء بالذكر لا ينفى الحكم عما عداه على أن لا نسب لم أنه سفيه بل هو رشيد لأن كلامنا فيمن علم رشده
فلا يتناول المنهي والمراد بالولي ولي له تصرف في المال وهو أبوه ثم وصي الأب ثم جده ثم أبوه ثم وصي
جده ثم الوالي ثم القاضي أو وصي القاضي وأما ما عدا الأصول من العصبية كالم والأخ أو غيرهم كالأتم
ووصيهما وصاحب الشرطة لا يصح إذنهم له لأنهم ليس لهم أن يتصرفوا في ماله فتجارة فكذلك لا يملك كون
الأذن له فيها أو لا يكون يملك كون التصرف في ماله فكذلك لا يملك كون الأذن له في التجارة وكذا للصبي أو المعتوه
أن يأذن لغيره أيضاً لأن الأذن في التجارة تجارة معنوية وليس لابن المعتوه أن يأذن لابيه المعتوه ولا أن
يتصرف في ماله وكذلك إذا كان الأب مجنوناً لأن ولاية التصرف في مال القريب لا تثبت إلا إذا كان
المصرف كامل الرأي وافر الشفقة وليس للأب وفود الشفقة فلا يملك بخلاف الأب والجد فانهما وافر
الشفقة كاملاً الرأي فيملك كانه ووصيهما قائم مقامهما ما فيكون معتبراً به ما فيملك الأذن للصغير والمعتوه
الذي بلغ معتوهاً ولعبد هما كما يملكه وإن بلغ رشيداً ثم عقه كان الفقيه أبو بكر البخاري رحمه الله يقول
لا يصح الأذن له قياساً وهو قول أبي يوسف رحمه الله ويصح استحساناً وهو قول محمد رحمه الله وليس للصبي
والمعتوه المأذون لهما أن يتزوجا ولا يزوجا ما يملكهما ماله ليس من التجارة إلا أن يأذن لهما الولي بالتزوج
أو بتزويج الأمة لأن الولي يملك ذلك فيملك نفقته اليه ما ولا يملك تزويج العبد فلا يملك نفقته اليه
بخلاف المولى فإنه يملك تزويج عبده المأذون فيملك العبد أيضاً إذا فوض اليه صريحاً وإن كان
لا يملكه عند إطلاق الأذن فإصله أن الصبي والمعتوه المأذون لهما كالعبد المأذون له في جميع ما ذكرنا
من الأحكام أنه أن الولي لا يمنع من التصرف في ماله ما وإن كان عليهم ما دين ولا يقبل إقراره عليهم ما
وإن لم يكن عليهم ما دين بخلاف المولى والفرق أن إقرار الولي عليهم ما شهادة لأنه إقرار على غيره فلا يقبل
ودينهم ما غير متعلق بماله ما وانما هو في النعمة لأنهم ما حتران فكان للولي أن يتصرف فيه بعد الدين
كما كان له قبله فان قيل أذا لم يملك الولي الإقرار عليهم ما فكيف يملكه وولايتهم ما مستفادة منه قلنا ما
انفك الخرج عنهم ما صار كما إذا انفك بالبلوغ فيقبل إقرارهما على أنفسهم ما بخلاف الولي لأنه إقرار على غيره

الأب والوصي وذلك لأن الأذن في التجارة حق للصبي قبل الولي لأنه مما يقع به لانه يتعدى بذلك إلى التجارات فإذا
طالب من الأب وأبى صار الأب عاصلاً فانتقلت الولاية إلى القاضي كالولي في باب النكاح إذا عاضل انتقلت الولاية بسبب العضل إلى
القاضي لأن النكاح من الكذب حق المرأة قبل الولي فإذا امتنع الولي من الإيفاء انتقلت الولاية إلى القاضي فكذلك هذا فان جرح عليه أحد
من هؤلاء فجزءه باطل لأن الخرج فسخ الأذن والأذن بسخ من القاضي فلا يبطل بخبر غير الثاني وإن جرح عليه هذا القاضي بعد ما عزل
لا يعمل لانه انما يصح منه الخرج بولاية القضاء فإذا لم يبق له ولاية القضاء لم يبق له ولاية الخرج وإن جرح القاضي الذي قام مقامه عمل جرحه لأن

(١) قوله لأن ذلك قائم هكذا في أصل المحشى ولعل في العبارة نقصاً فخر كتمه متعنه

الثاني نائب عن الامام الاكبر فكما يصح الجرم من الامام الاكبر يصح من الذي قام مقامه اه اتقاني (قوله لعدم الحاجة الى القبول)
قال الاتقاني وكذا اذا اقر بعني الصبي بشي من تركه ابيه لانسان صغ وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أن اقراره انما
يصح بشي من تجارته أما بشي ليس من تجارته لا يصح اه وكتب مانصه قال الاتقاني رحمه الله قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحاوي
في شرح الكافي واقرار الصبي المأذون بالدين والغصب واستهلاك المال جائز لانه متى ملك التجارة ملك ما هو من ضروراتها وملك الاقرار
بالدين من ضرورات التجارة لانه يبيع ويشتري فيلزمه الثمن وتسليم المبيع فيحتاج (٢٣١) الى أن يقترب ذلك لان من ملك شيئا

ملك الاقرار به ولانه لو لم يملك
لا تمنع الناس من المباشرة معه
خوفا من ذهب أموالهم
بسبب التجارة معه فيؤدي
الى انقطاع تجارته فوجب
أن يملك ضرورة ما يكتبه
التجارة وهذا في ديون التجارة
أوما هو في معنى ديون التجارة
فاذا اقر بغصب أو استهلاك
مال يصح لانه في معنى دين
التجارة لانه دين يلزمه بهوض
يسلم له اه

(فصل) (قوله ولو أذن)
أي الوكيل من جهة الاب اه

(كتاب الغصب)

قال الاتقاني وجه المناسبة
بين الكتابين عندى أن
المأذون يتصرف في الشيء
بالأذن الشرعي والغاصب
يتصرف فيه لا بأذن شرعي
فكان بينهما مناسبة المقابلة
الا أنه قد تم كتاب المأذون لانه
مشروع والغصب ليس
بمشروع ويجوز أن يقال ان
اقرار المأذون يصح بالغصب
والاستهلاك كما يصح بما هو
من التجارة فجز الكلام الى

فلا يقبل على ما بينا ولا نهم ما لم يقبل اقراره مما يمنع الناس من معاملتهم ما في يحصل المقصود بالاذن
فألحقت الضرورة الى قبوله فيما هو من التجارة لان الضرورة فيها حتى لو اقر بعين موروثه في ملكه كما
لا يقبل اقراره ما فيمروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لعدم الحاجة الى القبول لانه ليس من باب
التجارة وفي ظاهر الرواية يقبل لما ذكرنا أن انفكاكه جرم بالاذن كما في كذا بالبيع في حق الاموال
والله أعلم

(فصل) غير الاب والجد لا يتولى طرفي عقد المعاوضة المالية لان حقوق العقد ترجع الى العاقد
فيصير الواحد مطا بالاب ومطالبا مسليا وهو محال وكذلك الاب والجد قياسا وهو قول زفر ويجوز
استحسانا لانه كمال شفقة قام مقام شخصين وعبارته مقام عبارتين ورأيه مقام رأيين فيجعل كأنه باعه
منه وهو بالغ ثم تحمل الحقوق بحق الابوة لا بحكم العقد نيابة عنه حتى اذا بلغ الصغير كانت العهدة على
الصغير وفيما اذا باع ماله من أجنبي قبل بلوغ الصغير كانت العهدة على الاب فاذا كانت العهدة بطريق التحمل
لا يحكم العقد لا يؤدي الى الاستحالة ولو اشترى مال ولده الصغير أو باع ماله منه بغبن يسير صرح ويكفيه
أن يقول بعته منه أو اشترته له لان كلامه قام مقام كلامين ولان نفس القبول لا يعتبر وانما يعتبر الرضا
ولهذا ينقد بالتعاطي من غير إيجاب وقبول وقد وجدت دلالة الرضا ولو وكل رجلا بأن يبيع عبده
من ابنه الصغير أو يشتري عبده له ففعل لا يصح لعدم كمال هذه الشفقة فلا يمكن الحسافه بالاب فبقى على
أصل القياس الا اذا كان الاب حاضرا وقبيل فانه يجوز وتكون العهدة من جانب الابن على أبيه ومن
جانب الاب على الوكيل لان تصرف الاب لنفسه مباح وللصغير فرض لانه من باب النظر فيجعل الاب
متصرفا للصغير تحقيقا للنظر ولو وكل رجلا ببيع مال ولده فباع من موكله أو باع الاب مال أحد ولديه
بمال الآخر أو أذن لهما فيه أو لعبديهما أو جعل لكل واحد منهما أو كمالا أو وصيا صغ ولو أذن لهما أو
لعبديهما أو وصيهما فبأي حال يجوز لانهما استفادا ولاية التصرف منه وهو لا يملك بنفسه فكذلك الصبيان
بخلاف ما لو أذن الاب لانه لو فعل بنفسه صح فكذلك اذا فعل بأذنه وصح ببيع الوصي ماله من الصبي أو شرأوه
منه بشرط نفع فلا عرو وهو أن يبيع ما يساوي درهمين بدرهم وقيل ما يساوي ألفا بمائة ألف وهذا عند
أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز للمأذون الاستحالة وله أن الوصي يختار الاب واسكنه قاصرا الشفقة
فعند حقيقة النظر يلحق بالاب و يروى وجوع أبي يوسف الى قول أبي حنيفة رحمه الله والله أعلم
بالصواب

(كتاب الغصب)

الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على وجه القهر مالا كان أو غير مال حتى يطلق على أخذ الحر ونحوه
مما لا يتوهم على هذه الصفة اسم الغصب وقد زيد عليه أوصاف في الشرع على ما بين قال رحمه الله

ذكر الغصب عقيب الاذن فذكره بين فيه أحكامه اه والغصب على ضربين أحدهما ما يتعلق به المأثم وهو ما وقع على العلم والثاني
لا يتعلق به المأثم وهو ما وقع على الجهل كن تلف مال غيره وهو يظن أنه له والضماني يتعلق به ما جبره لان أسباب الضمان يجوز أن يتفق
فيها ما يتعلق به المأثم وما لا يتعلق به المأثم وأما المأثم فلا يحصل الامع القصد لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان معناه
رفع ما تم الخطأ اه اتقاني قوله فذكره بين فيه أحكامه أو مادام الغصب قائما في يد الغاصب لا يملكه كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبته
بأي يذمه من الكسب اه معراج

(قوله في المتن هو إزالة اليد المحقة بأثبات اليد المبطلة) (ص ٣٣٣) وعند الشافعي وغيره يكفي فيه اثبات اليد المبطلة وعلى هذا تخرج المسائل

(هو إزالة اليد المحقة بأثبات اليد المبطلة) في مال متقوم يحترم قابل للنقل بنسيب راذن مالكة حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب إذا هلك بغير تعدل لعدم إزالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما إذا غصب دابة قتيهتها أخرى أو ولد له لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه وكذا لو جلس المالك عن مواشيته حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا وأجدهم أثبات اليد المبطلة وكذا لا يضمن غير المتقوم كالخمر أو غير المحترم كمال الحربي في دار الحرب ولا مالا قبل النقل كالعقار وعند محمد رحمه الله الغصب هو تفويت يد المالك لا غير وعند الشافعي رحمه الله هو أثبات اليد العادية لا غير حتى يضمن العقار بالغصب عند هملو جود تفويت اليد فيه وإثباتها ولا يضمن زوائد الغصب عند محمد رحمه الله لعدم تفويت يد المالك فيها وعند الشافعي رحمه الله يضمنها ولو جرد أثبات اليد فيها أو شئ منه من قريب أن شاء الله تعالى قال رحمه الله (فلاستخدام والحل على الدابة غصب لا الجلوس على البساط) لأنه باستخدام عبد الغنى والحل على دابة الغير بغير راذن المالك أثبت فيه اليد المتصرفية ومن ضرورة ثبوت يده إزالة يد المالك عنه فحقق الغصب فيضمن بخلاف الجلوس على بساط الغير لأن الجلوس عليه ليس تصرف فيه ولهذا لا يرده على المتعلق عند التنازع فلم يصرف في يده والبسط ففعل المالك فتبقى يد المالك فيه ما بقي أثر فعله لعدم ما يزيلها بالنقل والتحويل ثم حكم الغصب المأثم أن تعده والمغرم وشرطه أن يكون المغصوب مالا متقوماً قال رحمه الله (ويجب رد عينه في مكان غصبه) لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترة وأقوله صلى الله عليه وسلم لا يحمل لأحدكم أن يأخذ مال أخيه لأعما ولا جادا وإن أخذه فليرده عليه ولأنه بالأخذ فوت عليه اليد وهي مقصودة لأن المالك بها يتوصل إلى تحصيل ثمرات المالك من الانتفاع والتصرف ولهذا شرعت الكتابة والأذن مع أنهما لا يفيد سوى اليد فيجب عليه نسخ فعله دفعا للضرر عنه فيعود إلى ما كان وأتم وجوه رد عينه في مكان غصبه لأن المالكية تختلف باختلاف الأما كن ولهذا اتفقت القيمة ورد العين هو الموجب الأصلي على ما قالوا لأنه أعيدل وأكمل في رد الصورة والمعنى ورد القيمة أو المثل الخاص بصار إليه عند تعذر رد العين ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك ولو أنى بالقيمة أو المثل لا يعتد به لكونه قاصرا وكذا يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بأن سلمه إليه بجهة أخرى كما إذا وهبه له أو أطعمه إياه أو كاهه والمالك لا يدرى أنه ملكه أو فحود ذلك من تسليمه بأداع أو شراء ولو لم يكن هو الواجب الأصلي لما برئ إذا علم وقبضه عنه كما في قبض المثل والقيمة وقيل الموجب الأصلي هو المثل أو القيمة ورد العين خاص ولهذا البراءة عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لا يجب عليه الضمان بالهالك والبراءة من العين لا يسح وكذا الكفالة بالمغصوب تصح مع أنهما لا تصح بالعين وكذا لو كان للغاصب نصاب ينقص به كما ينقص بالدين فدل على أن الواجب هو المثل أو القيمة وكونه لا يصار إليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس بأصل كأن ظهر مع الجملة فإن أظهر هو الأصل والجملة خلف عنه ولا يصار إليه إلا عند العجز عن إقامتها وانما يبرأ الغاصب بالتسليم إلى المالك من غير علمه لعينه لأن حقه متعين في العين فصار كالبيع بيعا فاسدا فإن المشتري يبرأ برده بأي وجه كان وإن لم يعلم البائع لما قلنا بخلاف المثل والقيمة لأن حقه غير متعين في المقبوض بل حقه في مثله أو قيمته من أي عين كان وذلك لا يتعين إلا بانقضاء الاختلاف الناس في معرفة الأمثال والقيم ولا كذلك العين لأن حقه متعين فيها بأي طريق وصل إليه نأب عن الواجب عليه فأغما عينه من الجهة كما في صوم رمضان لما كان الوقت متعينا له صار عنه وأغما عينه من الجهة بخلاف غيره من العبادات حيث لا يتأدى إلا بالمتعين لعدم التميز وعند الشافعي رحمه الله لا يبرأ الغاصب بأكل المالك الطعام المغصوب من غير علمه لأن عند الدس برده هو خدعة وبعد الآن الإنسان يرغب في أكل مال غيره مالا يرغب في أكل مال نفسه ولو علم المالك كل فلم يكن رادبا قد علمه لا كل من غير علمه قلنا هذه العبادة مذمومة شرعا فلا تعتبر ولا تمنع وقوعه عن الواجب

غير أن إزالة اليد المحقة بأثبات اليد المبطلة بالنقل والتحويل بل اه كما في قوله بغير راذن مالكة لا يحتاج إليه مع قوله أثبات اليد المبطلة ولكن ذكر في فتاوى قاضيان مسئلة تخالف هذا الأصل فإنه قال لو غصب عبولا فاستهلكه حتى ليس ابن أمه قال أبو بكر البلخي يضمن قيمة العجول ونقصان الأم وإن لم يفعل في الأم شيا اه كذا يخط قارئ الهداية فغده الله بالرجعة قوله ولكن ذكر في فتاوى قاضيان الخ أخذه من معراج الدراية اه (قوله أو ولدها) قال الكاكي وكذا لو غصب حمارا وساقه فأساق بحشه فأكاه الذئب لا يضمنه الغاصب إن لم يسق الخش بعده اه (قوله كمال الحرب في دار الحرب) أي قال إذا أخذه المسلم لا يسمى غيبا اه اتقاني (قوله) لو جرد أثبات اليد فيها ولو جرد المالك وطلب الزوائد انعه عن التسليم يضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله في المتن لا الجلوس على البساط) قال الكاكي ولو جلس على بساط غيره أو فرشه أو ركب دابة غيره ولم يزل من مكانه لم يكن غاصبا اه (قوله) والمغرم أي سواء تعده أو لا اه (قوله مع أنهما) أي هذه العقود اه قوله حتى لا يجب عليه الضمان بالهالك أي بعد البراء اه (قوله وكذا لو كان للغاصب نصاب ينقص به) أي يضمنان المغصوب وإن كان قائما في يده اه

قال رحمه الله (أو مثله ان هلك وهو مثلي) أي يجب عليه مثل المغصوب ان كان مثليا وهلك عنده لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد أمكن اعتبارهما بإيجاب المثل فكان أعدل وأتم في جبر الفاتت فكان أولى من القيمة واسمه يني عن ذلك فان المثل عبارة عما يقوم مقامه من كل وجه فكان إيجابه أعدل ولا معنى لقول الظاهرية ان الواجب فيه القيمة باعتبار أن وجوب الضمان باعتبار المسالية وهي القيمة لما ذكرناه أنه أعدل وتسميته في الآية اعتداءً مجازاً للقبالة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها أو جزاء ليس بسيئة وإنما سمي بها مجازاً كذا هنا الثاني ليس باعتداء قال رحمه الله (وان انصرم المثلي فقيمته يوم الخصومة) أي ان انقطع المثلي عن أيدي الناس يجب على الغاصب قيمته وتعتبر قيمته يوم الخصومة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لان المثل هو الواجب بغصب ذات المثل فلا ينتقل الى القيمة الا بالعجز عنه والعجز عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر قيمته يومئذ وهذا لان المثل أعدل على ما بينا فلا يصار الى القيمة مع التسدرة عليه لقصورها فلا يجب قبل انقطاع المثل للتسدره عليه لانم اخلاف عنه ولا يبقى وجوب المثل بعد انقطاعه للعجز عنه فتعين اعتبار قيمته يوم الانقطاع ولا ييوسف رحمه الله أن المثلي لما انقطع التحق بذوات القيم وفيها تعتبر القيمة يوم الغصب فكذا في التحق بها وهذا لان القيمة خالف عن المثل حتى لا يصار اليه الا عند العجز والخلاف يجب بما يجب به الاصل فوجب القول بوجوبها بالغصب كالمثل في المثلي وكالقيمة في غير المثلي ولا يي حنيفة رحمه الله أن المثل هو الواجب بالغصب وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة ولهذا الوضو الى أن يعود المثل كان له ذلك وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء حتى لا يعود الى المثل بوجوده بعد ذلك فتعتبر قيمته وقت الانتقال وهذا لانقطاع أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره في النهاية معني بالي بكر البختي قال رحمه الله (وما لا مثل له فقيمته يوم غصبه) أي ما لا يضمن بالمثل تعتبر قيمته يوم غصبه وهذا بالاجماع لانه تعذر اعتبار المثل صورة ومثني وهو الكمال فيجب اعتبار المثل معني وهو القيمة لانها تقوم مقامه ويحصل بها مثله واسمها يني عنه وقال مالك يضمن مثله صورته لما تلونا ولما روى أن أنس رضي الله عنه قال كنت في حجرة عائشة رضي الله عنها قبل أن يضرب بالحنجاب فألقي بقصعة من ثريدي من عنده بعض أزواجه عليه الصلاة والسلام فضربت عائشة القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بأكل من الارض ويقول غارت أمكم غارت أمكم ثم جاءت عائشة رضي الله عنها بقصعة مثل تلك القصعة فرددتها واستحسن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال علي رضي الله عنه في ولد المغرور بفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في عبد بين رجلين يعتقه أحدهما فان كان موسرا فمن قيمة نصيب شريكه وان كان معسرا سعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه وهذا نص صريح على اعتبار القيمة فيما لا مثل له حيث أوجبها على المعتقد ان كان موسرا وعلى العبدان كان معسرا وحديث عائشة رضي الله عنها كان على طريق المرواة ومكارم الاخلاق لا على طريق أداء الواجب إذ كانت القصعة للنبي صلى الله عليه وسلم ومعني قول علي رضي الله عنه يملك الغلام بالغلام أي بقيمة الغلام حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه أي بقيمة نفسه يؤيده أنه قد خرج عنه وعن عمر رضي الله عنهما أنهم ما قضيا في ولد المغرور بالقيمة ذكره في النهاية والآية لا تنافي ما قلنا لان المذكور فيها المثل وهو موجود في القيمة من حيث المسالية على ما بينا فكانت الآية شاهدة لنا وهذا المثل هو المتعارف بين الناس لا المثل صورة بلامعني ولهذا قال شريح رضي الله عنه من كسر عصفاهي له وعليه قيمته او ما قال ذلك الا لانه فهمه من الآية والمراد بالمثلي المكمل والموزون والعبد المتقارب مثله كالجوز والبيض حتى يضمن مثله عددا خلافا للفرق هو يقول ان المماثلة في المعداد لم تثبت بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجري فيه الربا فلا يقطع بكون المضمون مثالا للتلف فيصار الى قيمته انه عذر معرفة مثله قطع باختلاف المكمل

(قوله في المتن وهو مثلي) مثل المكمل والموزون والمعدود الذي لا يتفاوت اه اتقاني وكتب ما نصه قال الامام الاسيحي في شرح الطحاوي ان المغصوب لا يخلو إما أن يكون غير منقول كالساقوت والدار والارض والكرم وغيرها أو يكون منقولا والمنقول لا يخلو (١) اما أن يكون مثليا كالكميل والوزني الذي ليس في تبعيضه مضرة (قوله وقال محمد الخ) قال الاتقاني ونحن نأخذ بقول محمد رحمه الله اه (قوله والعبدى المتقارب الخ) والعبدى المتقارب ما لا تتفاوت آحاده في المسالية كالجوز والبيض ونحو ذلك اه اتقاني (قوله حتى يضمن مثله عددا) قال الاتقاني رحمه الله أما المعدادات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض فعلى مستهلكها مثلهما عندنا وقال زفر قمتها وهذا فرع على جواز السلم فيها وقد بيناه في البيوع اه

(١) قول المحشي اما أن يكون مثليا الخ هكذا في الاصل وانظر المقابل فلعلم سقط من النسخ اه مصححه

بذلك وكذبه المشتري لا يقبل اقراره في حق المشتري لانه ملكه ظاهرا ولا يضمن البائع عند هذا لانه لم
تلفه وانما التلف مضاف الى عجز المالك عن اقامة البينة قال رحمه الله (وما نقص بسكناء وزراعة
ضمن النقصان كما في النقل) وهذا بالاجماع والفرق لهم ما أنه تلفه بفعله والعقار يضمن بالاتلاف ولا
يشترط لضمان الاتلاف أن يكون في يده ألا ترى أن الحطب يضمن به بخلاف ضمان الغصب حيث لا يضمن
الا بالحصول في اليد وعلى هذا التركيب دابة الغير بغير اذنه ولم يسيرها حتى نزل ثم هلكت لم يضمن لعدم
النقل وان تلفت برصه يضمن لوجود الاتلاف بفعله وهو نظير ما لو وقع على بساط الغير بغير اذنه
واختلفوا في تفسير النقصان قال نصير بن يحيى انه يتنظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعد
فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان وقال محمد بن سلمة يعتبر ذلك بالشراء يعني أنه يتنظر بكم تباع قبل
الاستعمال وبكم تباع بعده فتنقصانها ما تفاوتت من ذلك في ضمنه وهو الاقيس لان العبرة بقيمة العين دون
المنفعة وذكر في النهاية أن محمد بن سلمة رجح الى قول نصير ثم يأخذ الغاصب رأس ماله وهو البذر وما غرم
من النقصان وما أنفق على الزرع ويتصدق بالفضل عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله حتى إذا غصب
أرضاً فزوعها أكثرين فأخرجت ثمانية أكرار وطبقه من المونة قدر كرو ونقص ما قدر كرفانه يأخذ منه أربعة
أكرار ويتصدق بالباقي وقال أبو يوسف رحمه الله لا يتصدق بشيء لان الزيادة حصلت في ضمانه وماله
لان ما ضمن من الفائت عليه بأداء الضمان والمضمونات تلك بأداء الضمان عندنا مستند الى وقت وجود
السبب وهو الغصب هنا فيتمين أنه حدث في ملكه إذا خراج بالضمان بخلاف ما إذا لم ينقصه لانعدام
الملك لعدم الضمان وهذا لانه يجب عليه ضمان كله فإذا ضمن كله ملك كله وكذا البعض وله ماله
حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير فيكون سبيل التصديق اذا فرغ يحصل على وصف
الاصل فصار كما إذا لم ينقص بالاستعمال ولان الملك المستند ثابت من وجه دون وجه فكان ناقصا فلا يظهر
في حق انعدام الخبيث قال رحمه الله (وان استغله تصديق بالغلة كما لو تصرف في المغصوب والوديعة
وربح) أي ان استغل المغصوب بأن كان عبدا مثلا فأجره فنقصه بالاستغلال وضمن النقصان تصديق
الغاصب بالغلة كما تصديق بالربح فيما اذا تصرف في المغصوب أو الوديعة بأن باعه وربح فيه أما الاول وهو
الاستغلال فالمدكور هنا قولهما وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق به وقد ذكرنا الوجه من الجانبين
في المسئلة التي قبلها وكان ينبغي أن يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة كلها كما في المسئلة الأولى
ثم انما يضمن الغاصب النقصان اذا كان النقصان في العين وكان غير ربوي لانه دخل جميع أجزائه في
ثمنه فيجب عليه ضمان قيمة ما تضرر رده من أجزائه كالأوبعض بخلاف المبيع حيث لا يوجب النقصان
المصادف فيه قبل القبض الا الخيار ولا يوجب حط شيء من الثمن لان الاوصاف لا تضمن بالعقد وتضمن
بالفعل وان كان لتراجع السعر لا يضمن بعد أن رده في مكان الغصب لان ذلك لغلة الرغبات فيه
لانقصان في العين بغتة الجزء وان كان ربويا لا يمكنه أن يضمنه النقصان مع استرداد العين لانه يؤدي
الى الربا اذا لم يرد له قيمة لها في الاموال الربوية ولكنه يغير بين أن يأخذ منه ولا شيء له وبين أن يتركه على
الغاصب ويضمنه مثله من جنسه أو قيمته من خلاف جنسه واستغلال العبد المستعارة بالايجار
كاستغلال المغصوب حتى يجب عليه ضمان النقصان ويتصدق بالغلة عندهما بخلافه لا يبي يوسف رحمه
الله والوجه قد بيناه ولو ملك في يده بعد ما استغله فضمنه المالك كان له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان
لان الخبيث كان لاجل المالك فاذا أخذه المالك لا يظهر الخبيث في حقه ولهذا الوسيل الغلة اليه مع العبد
يباح له التناول فيزول الخبيث بالتسليم وتبرأ ذمته عن القيمة بقدره بخلاف ما اذا باعه الغاصب بعد
ما استغله وملك في يد المشتري وضمن المالك المشتري قيمته ثم رجح المشتري على الغاصب بالثمن حيث
لا يكون للغاصب أن يستعين بالغلة في أداء الثمن الى المشتري لان الخبيث كان لحق المالك والمشتري ليس
بمالك فلا يزول الخبيث بالأداء اليه فلا يؤديه اليه الا اذا كان لا يجد غيره فترجح هو على غيره من المشترين

باعتبار أنه ملكه وهو محتاج اليه كما أن الملتقط له أن يصرف اللقطة على نفسه إذا كان محتاجا ثم إذا أصاب
 ما لا تصدق به إذا كان غنيا وقت الاستغلال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه إذا كان من ترجحه على غيره
 من الفقراء وأما الثاني وهو ما إذا تصرف في المغموب أو الوديعة ورجح فهو على وجهه إما أن يكون
 مما يتعين بالتعيين كالعروض أو لا يتعين كالنقدين فإن كان مما يتعين لا يحل له التساؤل منه قبل ضمان
 القيمة وبعده يحل الا فيما زاد على قدر القيمة وهو الرجح المذكور هنا فإنه لا يطيب له ويتصدق به لأن العقد
 يتعلق فيما يتعين حتى ينفسخ العقد بالهلاك قبل القبض فتمكن الخشب فيه وإن كان مما لا يتعين فقد
 قال السكراني أنه على أربعة أوجه إما أن أشار اليه ونقد منه أو أشار اليه ونقد من غيره أو أطلق إطلاقا
 ونقد منه أو أشار إلى غيره ونقد منه وفي كل ذلك يطيب له إلا في الوجه الأول وهو ما إذا أشار اليه ونقد منه
 لأن الإشارة اليه لا تفيد التعيين فيستوى وجودها وعدمها إلا إذا كان كد بالنقد منها وقال مشايخنا رجحهم
 الله لا يطيب بكل حال أن يتناول منه قبل أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الرجح بكل حال وهو المختار
 وإطلاق الجواب في الجسامعين والمضارب بغيره على ذلك ووجهه أنه بالنقد منه استيفاء سلامة المشتري
 وبالإشارة استيفاء جواز العقد لتعلق العقبة في حق القدر والوصف فتثبت فيه شبهة الحرمة للسكران بسبب
 خبيث واختار بعضهم الفتوى على قول السكراني في زماننا الكثيرة الحرام وهذا كله على قولهما وعند
 أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق بشيء منه والوجه ما بينا وهذا الاختلاف بينهم فيما إذا صار بالتقلب من
 جنس ماضين بأن ضمن دراهم مثلا وصار في يده من بدل المضمون دراهم وإن كان في يده من بدله خلاف
 جنس ماضين بأن ضمن دراهم وفي يده من بدله طعام أو عروض لا يجب عليه التصديق بالإجماع لأن الرجح
 انما يتبين عند اتحاد الجنس ومالم يصير بالتقلب من جنس ماضين لا يظهر الرجح قال رحمه الله (وملك
 بالاحل انتفاع قبل أداء الضمان بشي وطبخ وطعن وزرع واتخاذ سيف وائاء غير الجرين وبناء على ساجدة)
 لأنه لو لم يملك بذلك للحق ضرر وكان ظلم والنظام لا ينظم بل ينصف ثم الضابط فيه أنه متى تغيرت العين
 المغموبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها ومعتهم منافعتها أو اختلطت بملك الغاصب بحيث لا يمكن تمييزها
 أصلا أو لا يجرى زال ملك المغموب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى
 يؤدي بدلها وما ذكره من شي اللحم وطبخه وطبخ الحنطة أو طحنها وزرعها واتخاذ السيف أو ائاء
 واتخاذ غيره مثل الصفر لئاء أو البناء على الساجدة بهذه المثابة فملكها الغاصب إلا الذهب والفضة فإنه
 لا يملكها باتخاذها وإنى أو يضر به دنائرا أو دراهم عند أبي حنيفة رحمه الله وهما المراد بقوله غير الجرين
 وقال الشافعي رحمه الله لا ينتفع بحق المالك عن العين وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله غير أنه إذا اختار
 أخذ العين لا يضمنه النقصان عنده في الأموال الربوية لأنه يفضي إلى الربا وعند الشافعي رحمه الله
 يضمنه وقد ينضم من قبل وعن أبي يوسف رحمه الله أن ملكه يزول عن العين وملكه الغاصب لكنه
 يباع فيورث بددين المغموب منه يعني ما وجب له عليه بالغصب من المثل أو القيمة وإن مات الغاصب
 فالغصب منه أحق به من سائر الغرماء على مثال الرهن والمبيع قبل القبض وجعل الآتي لعدم رضاه
 بطلان حقه فصار كالمشتري إذا قبض المبيع بغير إذن البائع قبل إيقاع الثمن بل أولى لأن المالك أقوى من
 المبدف إذ لم يبطل حق اليد به فأولى أن لا يبطل به حق المالك للشافعي رحمه الله أن العين ملكه فيبقى ملكه
 ما بقيت العين ويتبعها وصفها ذهوقا ثم بما فترجح هو لكونه صاحب أصل ولأن الدقيق حنطة فرقت
 أجزاؤها وذلك لا يوجب الخروج عن ملكه كالقطع في الثوب والذبح والسحل والتأريب في الشاة ولأن
 فيه لا يخطو ولا يكون سببا للملك إذا الخطو لا ينافي به نعمة الملك على أصله فلا يمتنع ففصله فصار كما إذا وقعت
 الحنطة في الطاحون وتواظمت بشغل الماء والهوا من غير صنع أحد ولنا أنه استهلك العين من وجهه ألا
 ترى أن المقاصد قد فات بعضها وكذا الذات قد فات من وجهه بالاستحالة حتى صار له اسم آخر وقد أحدث
 فيه الصنعة وهي حق الغاصب وهي قاعة من كل وجه فترجحت بذلك وإن كانت وصفا على الأصل الذي

(قوله وبناء على ساجدة) في
 المنسوب بالساجدة بالجيم
 الخشبة العظيمة أي الخشبة
 المنصوبة المهمة للأساس
 ونحوه وأما مسألة الساجدة
 بالحاء المهملة فتجبي اه
 كما في (قوله بفعل الغاصب)
 قيده لأنه لو تغير لا
 بفعل الغاصب بأن صار
 الغنم زيبا والخمر خلا
 بنفسه والحب جينا
 والرطب تمرا فالملك بالخمار
 إن شاء أخذه وإن شاء تركه
 وضمنه ولو صار الغنم زيبا
 يجعله ملكه كذا في فتاوى
 العتاي اه دراية (قوله
 والتأريب) قال الاتقاني
 تأريب الشاة جعلها لربا
 إربا أي عضوا عضوا اه

(قوله والمخطور لغيره لا يمنع أن يكون سببا الخ) قال الاتقاني والجواب عن قولهم فعل الغضب عدوان محض لا يصلح سببا للتملك قلنا لا يصلح سببا له قصدا وإنما جعلناه سببا عنه لتقرر الضمان بالاستهلاك في ضمن حكم الضمان كي لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد والضمنان حكم واجب مشروع حسن بالإجماع فصار ثابت في نفسه أيضا حسنا لأنه يراعى صلاحية السبب في الأصل لا في التبع تحقيق الكلام أن فعل الغاصب الذي هو الزراعة مثلا ليس بمخطور من حيث أنه أحداث الزرع وإنما المخطور كونه غصبيا وهو الزالة تثنى عن يد المالك فإذا لم يكن مخطورا من حيث أنه أحداث صلح سببا للمالك فصار قولنا زرع حنطة مخصصة به إشارة إلى أحداث شيء بآلة مخصصة به بمنزلة الاصطيان بقوس الغدير والاحتطاب بقدم الغدير (قوله فلا يحصل به تبديل العين) في الخلاصة غصب شاة فذبحها وسحقها وجعلها إر بآر بملكها وعليه قيمتها حية أو غصب حمارا أو بغلا فقطع يده ما أورد رجلهما مملوكهما وعليه قيمتهما اه قال الاتقاني والجواب عن ذبح الشاة بعد الغصب بعض أصحابنا قالوا بأنه ينقطع حق المالك بالذبح كذا في الطريقة البرهانية فمنعه والصحيح أنه لا ينقطع حق المالك به لأن الشاة لا تصير مستهلكة بمجرد الذبح لبقاء الاسم ولهذا يقال شاة مذبوحة فإذا أتر بها عضو أو عضو بعضهم قالوا ينقطع حق المالك لأنه صار مستهلكا بزوال التركيب لكن الصحيح خلافه كذا في الطريقة البرهانية أيضا وذلك لأن الذبح للمسلم تنص الشاة مستهلكة صار كأنه غصب شاة مذبوحة فقطعها إر بآر بإفلا ينقطع حق (٢٢٧) المالك لأن المنافع المتعلقة به لم تفت لأنها كانت تقصدا لا كل

هو فائت من وجه فكانت أولى بالاعتبار وهذا لأن الزيادة حصلت في العين بفعل الغاصب فكانت كسبالة والكاسب أحق بكسبه من غيره وإن كان في محل مما لو لا لغيره لأن الحكم يضاف إلى العللة لا إلى المحل وذات حقه قائم بكان الترجيح به ترجيح بالذات فكان أولى من الترجيح بالأصل لأنه يرجع إلى الترجيح بالحال وهو البقاء وهذه أتر جميع بالذات وهو الوجود من كل وجه فكان الترجيح به أولى لأن الحال قائمة بالذات والمخطور لغيره لا يمنع أن يكون سببا لحكم شرعي ألا ترى أن الصلاة في الأرض المغصوبة تجوز وتكون سببا لحصول الثواب الجزيل فباطنك بالملك بخلاف ما استشهد به لأن الذبح لا يفوت اسم الشاة يقال شاة مذبوحة وشاة حية والسلح والتأريب لا يفوت به المقصود بالذبح فلا يحصل به تبديل العين فبقيت على ملكه بخلاف ما نحن فيه لأن العين تبدلت وتجدد لها اسم آخر فصارت كعين أخرى حصلت بأكسبه في ملكها غير أنه لا يجوز له الانتفاع به قبل أن يؤدى الضمان كي لا يلزم منه فتح باب الغصوب وفي منعه حسم مآذنه ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة بغير إذن مالكها بعد الطبخ أطمعها الأسارى ولو جاز الانتفاع به أولم يملكها لما قال ذلك والقياس أن يجوز الانتفاع به وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبي سفيان رحمه الله لو سجد الملك المطلق للتصرف وهذا ينفذ تصرفه فيه كالتملك لغيره ووجه الاستحسان ما بيناه ونفاد تصرفه فيه لو جود الملك وذلك لا يدل على الحل ألا ترى أن المشتري سرقا سدا ينفذ تصرفه فيه مع أنه لا يحل له الانتفاع به ثم إذا دفع القيمة إليه وأخذها وحكم الحاكم بالقيمة أو تراضيا على مقدار حل له الانتفاع به لوجود الرضا من المغصوب منه

لأنها كانت تقصدا لا كل وبمسد القطع لم يطل هذا المعنى اه وكتب مانصه حكى الزاهد في فيه خلافا اه (قوله فبقيت على ملكه) كذا ذكر في السكاني اه (قوله ولو جاز الانتفاع به) أي للغاصب كما هو القياس وبه قال زفر اه (قوله أولم يملكه) أي كما قال به الشافعي اه (قوله والقياس أن يجوز الانتفاع به) أي قبل أداء البدل اه وكتب مانصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وأصل هذا الباب الذي على عليه

أصحابنا الحديث الذي روى عن النبي صلى الله عليه وسلم رواه أبو يوسف واستحج به ورأه محمد واحتج به ورأه الحسن بن زياد في كتابه عن عاصم بن كليب الجرمي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زار قومًا فذبحوا له شاة فجعل يأخذ من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يسخه فسألهم عن ذلك فقالوا شاة فلان ذبحناها حتى يأتي فنرضيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أطمعوا الأسارى فلو أن ملك الغاصب زال عنهم لم يأمرهم بالتصديق به بل أمرهم ببيعها وحفظ ثمنها على الغائب وعلى هذا بنى أبو حنيفة في كثير من مسائل الغصب قال محمد يعني بالأسرى المحتبسين كذا في شرح مختصر الكرخي والمعقول في المسئلة أن الغاصب غصب الحنطة ثم استملكها بالطحن فينقطع حق المالك عنها لا محالة فصار كأنه غصب ثوبا فأحرقه فصار رمادا فإنه ينقطع حق المالك بالاستهلاك فكذا هذا والدليل على الاستهلاك أن اسم الحنطة زال عنها بعد الطحن وكذلك زالت صورتها ومعناها فدل على الاستهلاك أما إذا زال الاسم فلا أنها كانت تسمى حنطة والآن تسمى دقيقا وأما زوال الصورة فلان صورتها شيء الحبة السمر المستقوفة البطن ولم تبق تلك الصورة بعد الطحن وأما معناها فلا أنها كانت تصلح للزراعة والقليل والطبخ الهريسة ونحو ذلك فالآن لا تصلح لذلك فإذا ثبت التغاير بينهما من هذه الوجوه كان الدقيق جنسا آخر غير الحنطة فينقطع حق المالك ولا يكون له سبيل في الدقيق وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد دليل على هذا لأنه أخذ الحنطة لا الدقيق فإذا كان عينها مستهلكا يلزمه مثلها وكذلك الحنطة إذا غصبها فزرعها ينقطع حق المالك عنها لأن الزرع غير الحنطة بدليل تغاير الاسم والصورة والمعنى المطلوب فصار الحادث غير ما كان اه اتقاني

(قوله وقال أبو يوسف الخ) قال في الهداية وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة ففروا بها قال الاتقاني يعني لا يحل الانتفاع بالمغصوب قبل أداء البدل خلافاً لفرأى أن أبو يوسف قال في هاتين الصورتين يحل الانتفاع قبل أداء البدل وقبل أن يرضى صاحبه لأنه صار مستهلكاً من كل وجه لأن الحبة صارت قصصاً ولا نواة صارت نخلاً بخلاف ما تقدم من غصب الشاة وذبحها وطبخها وغصب الحنطة وطبخها حيث لا يحل الانتفاع قبل إرضاء المالك لأن أجزاء الشاة والحنطة باقية وهذا معنى قوله لقيام العين فيه من كل وجه اه (قوله أو أواني) قال الحسك الشامي في مختصره المسمى بالكافي وإن غصب فضة ففرض بها دراهم أو صاغها اناء قال يأخذها ولا أجر للغاصب ولا يشبهه هذا الحديد والصفير لأنه فضة بعينها لا يخرج من الوزن وقال أبو يوسف ومحمد يعطيه مثل قيمته وكذلك الذهب إلى هنا لفظ الحسك رحمه الله اه اتقاني (قوله وعند الشافعي لا ينقطع حق المالك الخ) قال الاتقاني وقال زفر بن قيس ينقض البناء وبه قال الشافعي اه (قوله وكذا لو ذبح الجزور) ليس في خط (٢٣٨) الشارح اه قال في الهداية وكذا الجزور اه يعني إذا غصب الجزور وهي التي

لأن الحسك لا يحكم الإبطاء فحصلت المبادلة بالتراضي وقال أبو يوسف رحمه الله في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة يجوز له الانتفاع قبل أداء الضمان لو جرد الاستئثار من كل وجه ولا يتصدق بالفضل عنده وقد بيناه من قبل وأما الذهب والفضة فالأخذ كونهما قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على كهما الغاصب بضررهما دنانير أو دراهم أو أواني لما ذكرنا في غيرهما والجامع أنه أحدث في الصنعة المتقومة وفوت بعض مقاصده ولا يبي خفيفة رحمه الله أب العين باقية من كل وجه ولم تهلك من وجه ما لا ترى أن الاسم لم يتغير ومعناه الثمنية وهو أيضاً باق وكذا كونه موزوناً باق أيضاً حتى يجري فيه الربا باعتباره وكذا الصنعة فيها غير متقومة أيضاً مطلقاً لا ترى أنها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس بخلاف غيرهما وقال الكرخي والفقهاء أبو جعفر أنما ينقطع حق المالك عن الساجدة إذا بنى حولها وأما إذا بنى عليه فلا ينقطع حق المالك لأنه متعلق في البناء عليه والساجدة من وجه كالأصل لهذا البناء فيهدم للرد كما إذا بنى في الأرض المغصوبة وعند الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك كيفما كان فيه هدم البناء ويأخذ الساجدة لأنه وجد عين ماله فكان أحق به بالنص وعندنا انقطع حقه مطلقاً في الصحيح لأن في قطعه ضرراً بالغاصب وقال عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وضرر المالك مجبور بضمان القيمة فلا يستتد ضرراً فصار كما إذا خاط بالخط المغصوب بطن آدمي أو أدخل لوحاً مغصوباً في السفينة وكانت في بلج البحر هذا إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجدة وأما إذا كانت قيمة الساجدة أكثر من قيمة البناء فلم ينقطع حق المالك عنها ذكره في النهاية معزى إلى الذخيرة قال رحمه الله (ولو ذبح شاة أو خرق ثوباً فاحشاً ضمن القيمة وسلم المغصوب إليه أو ضمن النقصان) وكذا لو ذبح الجزور وقطع اليد أو الرجل كالذبح لأن هذه الأشياء تنال من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحل والدر والنسل وفوت بعض المنفعة في الثوب فيخبر بين تضمن قيمته وتركه وبين تضمن نقصانه وأخذ وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ليس له أن يضم منه النقصان إذا أخذ اللحم لأن الذبح والسلخ زيادة فيه لا تنال احتمال الموت حتى أنفقها أو أمكن الانتفاع لحومها بيقين والاول هو الظاهر لأنه نقصان باعتبار فوت بعض الأغراض على ما بينا آنفاً ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمته لأنه استهلك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمن نصف قيمته مع أخذه لأنه

أعدت للذبح من الأبل من الجزور وهو النقط ثم ذبحها فالحكم فيه كحكم في غصب الشاة إذا ذبحها ما أن يأخذ العين مع نقصان الذبح وما أن يترك العين وضمن جميع القيمة وانما ذكر الجزور دفعاً لوهم متوهم وهو أن يقال إذا كانت الجزور معدة للذبح لم يكن معنى الدر والنسل فيها مطلقاً فكيف يلزم النقصان بل الذبح زيادة لأنه يؤخذ لاجل العرض فأجاب عنه وقال لا تفاوت الحكم بين أن يكون الحيوان معداً للذبح أو لم يكن لأن الذبح في الحيوان نقص من حيث تفويت الحياة اه اتقاني (قوله وقطع اليد أو الرجل كالذبح) قال في الهداية وكذا إذا قطع يدهما أي يد الشاة والجزور قال الاتقاني أي

حكم قطع يد الشاة والجزور حكم ذبحهما يعني أن المالك الخيار أن شاء أخذ العين مع نقصان القطع وإن شاء ترك العين منتفع للغاصب وضمنه جميع القيمة وهذا رواية عن أصحابنا والظاهر أن له تضمن جميع القيمة بلا خيار ألا ترى إلى ما قال الحسك الشامي في مختصره المسمى بالكافي وأما الدابة إذا غصبها فقتلها أو جرحها فلا يشبهه أي لا يشبهه الخرق الكثير في الثوب قال لأنه استهلكه وليس ينتفع صاحبه بما بقي والغاصب ضامن لقيمة الدابة وهي له وكذلك لو كانت بقرة أو شاة أو جزوراً فذبحها أو قطع يدها أو جرحها إلى هنا لفظ الحسك الشامي رحمه الله وذلك لأن الدابة بعد ما قطعت يدها أو جرحها لا ينتفع بها الانتفاع الدواب فصارت هالكة فاذا صارت هالكة فالغاصب مستهلك يجب عليه القيمة وتسكون الدابة بخلاف الثوب فإن الثوب بالخرق الفاحش لا يكون هالكة لأنه يمكن أن ينتفع به انتفاع الثياب فلا يضمنه القيمة بلا خيار بل يكون للمالك الخيار اه (قوله ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم) قال الاتقاني هذا الفرق بين مأكولة اللحم وغير مأكولة اللحم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمن جميع القيمة فيها بلا خيار

منقطع به بعد قطع الطرف لانه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا له قبله من الانتفاع ولا كذلك الدابة
 فانها لا تصلح للعمل ولا للركوب بعد القطع قال رحمه الله (وفي الخرق اليسير ضمن نقصانه) يعني مع أخذ
 عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من ككل وجه وانما دخل عيب فنقص لذلك فكان له أن يضمه
 النقصان واختلفوا في حد الخرق اليسير والكبير قيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش وما دونه يسير
 وقيل الفاحش ما ينقص به نصف القيمة لاستواء الهالك والقائم فخير المالك بين أن يعمل إلى الهالك أو
 القائم والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة
 واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان في المنفعة لان الاستهلاك المطلق من كل
 وجه عبارة عن اتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجهه عبارة عن تفويت بعض المنافع والنقصان
 عبارة عن تعيب المنافع مع بقاءها وهو تفويت الجودة لا غير ولا عبرة بقيام أكثر المنافع لان الربحان إنما
 يطلب اذا تعذر العمل بأحدهما ومتى أمكن العمل بهما لا يصار إلى الترجيح ولا يشتغل به وهنا أمكن اعتبار
 الاستهلاك والنقصان بآليات الخيارات فلا يعتبر الرابع وذكر في النهاية أن الفاحش هو المستأصل
 الثوب وهو أن يجعل الثوب لا يصلح للخرق ولا يرغب في شرائه وعزاه إلى الحلواني وقال شمس الأئمة
 السرخسي الحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب من تخير المالك اذا كان الخرق فاحشا هو الحكم في
 كل عين من الأعيان إلا في الأموال الربوية فان التعيب هنالك فاحشا كان أو يسيرا كان لصاحبها الخيار
 بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيء وبين أن يسلم العين ويضمنه مثله أو قيمته لان تضمن
 النقصان متعذر لانه يؤدي إلى الربا هذا اذا قطع الثوب ولم يجد فيه صنعة وأما اذا وجد فيه صنعة بأن
 خاطه قيمته مثلا فانه ينقطع به حق المالك عنه عندئذ كره في النهاية معزاة إلى الذخيرة قال رحمه الله
 (ولو غرس أو بنى في أرض الغير فله ما وردت) أي قلع البناء والغرس وردت الأرض إلى صاحبها لقوله
 عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق أي ليس لذي عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم
 وهو من الجواز كما يقال صام من أهله وقام إليه قال الله تعالى فيها يفرق كل أمر حكيم ولان الأرض باقية
 على ملكه اذ لم تصر مستهلكة ولا مغصوبة حقيقة ولا وجدها فيها شيء يوجب الملك للغاصب فيؤمر
 بتفريقها وردّها إلى مالكها كما اذا اشغل ظرف غيره بالطعام هذا اذا كانت قيمة الساحة أكثر من
 قيمة البناء وان كانت قيمة البناء أكثر فلا غاصب أن يضمن له قيمة الساحة فيأخذها كره في النهاية وعلى
 هذا الواجب لمعت دجاجة أو لوة ينظر أيها أكثر قيمة فلصاحبه أن يأخذ ويضمن قيمة الآخر وعلى هذا
 التفصيل لو أدخل فصيل غيره في داره وكبر فيها ولم يمكن إخراجها إلا بدم الجدار وعلى هذا التفصيل لو
 أدخل البقر رأسه في قدر من النحاس فتمدخرا خراجها قال رحمه الله (وان نقصت الأرض بالقلع ضمن له
 البناء والغرس متلوعا ويكون له) أي اذا كانت الأرض تنقص بالقلع كان لصاحب الأرض أن يضمن
 للغاصب قيمة البناء أو الغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه دفع الضرر عنهما فعين فيه النظر لهما وانما
 يضمن له قيمته مقلوعا لانه مستحق القلع وليس له أن يستديم فيها فتمت قيمته في ذلك الوقت متلوعا
 وكيفية معرفتها أن تقوم الأرض وبها بناء أو شجر استحق قلعه أي أمر بقلعه وتقوم وحدها ليس فيها
 بناء ولا غرس فيضمن فضل ما بينهما كما قالوا وهذا ليس بضمن لقيمته مقلوعا بل هو ضمان قيمته
 قائما مستحق القلع وانما يكون ضمنا لقيمته مقلوعا أن لو قوم البناء والغرس مقلوعا موضوعا في الأرض
 بأن يقدر الغرس حطباً والبناء أجراً أو لبناً أو تجارة مكثومة على الأرض فيقوم وحده من غير أن يضم إلى
 الأرض فيضمن له قيمة الحطب والجارة المكثومة دون المبنية قال رحمه الله (وان صبغ أولت السويق
 بسمن ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق أو أخذها ما وغرم ما زاد الصبغ والسمن) يعني اذا غصب
 ثوبا صبغه أو سويقا قلته بسمن فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض ومثل السويق وان شاء

وقد مر قبل هذا اه (قوله
 لانه بعد القطع صالح لجميع ما
 كان صالحا له) فيه نظروا في
 أن يقال لانه منقطع به بعد
 قطع طرفه في بعض المنافع
 اه من خط قارئ الهداية
 (قوله وقام إليه) وصف الليل
 والنهار والامر بصفة صاحبه
 اه من خط الشارح (قوله
 ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض
 ومثل السويق) قال في الكنز
 في كتاب المضاربة ولو قصره
 أو حله بماله وقيل له العمل
 برأيك فهو متطوع فيما
 أنفق وان صبغه أحمرا فهو
 شريك بما زاد الصبغ فيه
 ولا يضمن اه قال الانقاضي
 الا ترى أن الغاصب لو قصر
 بضيعة ماله ولو صبغ لا يضيع
 فهو هنا أولى ولهذا لو صبغه
 أحمر أو أصفر لم يكن للمالك
 أن يأخذ شيئا بل يتخير رب
 الثوب ان شاء أخذ الثوب
 وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه
 يوم الخصومة لا يوم الاتصال
 بثوبه وان شاء ضمنه جميع
 قيمة الثوب أبيض يوم صبغه
 وترك الثوب عليه فكذلك
 ههنا يكون شريكاً بقدر ماله
 اه وقد نقلت عبارته في
 المضاربة بأنهم من هذا وأفيد
 اه قوله فكذلك ههنا أي
 المضارب اه وقوله يكون
 شريكاً بقدر ماله أي كالغاصب
 اه

أخذ المصبر غ والملتوت وغرم ما زاد الصبغ والسمين وقال الشافعي رحمه الله في الثوب يؤمر الغاصب
بقلم الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه صاحبه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان
لان الغاصب متهم فلا يمكن افعاله عبثا والتميز يمكن فصارت نظير الغرس والبناء في الارض بخلاف السمين
في السويق لتعذر التميز ولنا ان الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنيته لا يسقط تقويمه فوجب صيانة
حقه مما يمكن وكان صاحب الثوب أولى بالتخير لانه صاحب أصل والآخر صاحب وصف وهو قائم
بالأصل وكذا السويق أصل والسمين تبع ألا تراهم يقولون سويق ملتوت فيخير صاحبه لتعذر التميز
بخلاف البناء والغرس لان التميز يمكن فيه بالنقض وله وجود بهد النقض فأمكن اتصال حق كل واحد
منهم اليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن اتصاله الى صاحبه وبخلاف ما اذا انصبغ من غير فعل
أحد كالقاء الرمح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يؤمر صاحبه بدفع قيمة الصبغ الى صاحبه
لانه لا جناية من صاحب الصبغ حتى يضمن الثوب بل يملك صاحب الثوب الصبغ بقيمة وقال أبو
عمارة في مسألة الغصب ان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب كل واحد منهم بما بقيته ماله وهذا طريق
حسن أيضا لامكان وصول حق كل واحد منهم ماله الى صاحبه ويتأق هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه
أيضا والجواب في التمسك الجواب في الصبغ غير أنه يضمن فيه مثل السويق وفي الصبغ قيمته لان
السويق والسمين من ذوات الامثال بخلاف الصبغ والثوب وفي الكافي قال في المبسوط يضمن قيمة
سويقه لانه متفاوت بتفاوت القلي فلم يبق مثليا كالخيز وما روى عن أبي حنيفة رحمه الله من أن الغاصب
اذا صبغ الثوب أسود فهو نقصان وعندهما زيادة كالحجرة والصفرة راجع الى اختلاف عصر وزمان
فان بني أمية في زمانه كانوا يمتنعون عن لبس السواد وفي زمانهم ما بنوا والعباس كانوا يلبسون السواد
فأجاب كل منهم على ما شاهد من عادة أهل عصره ولا خلاف فيه بينهم في الحقيقة ولهذا لم يتعرض في
المختصر لذكر هذا الاختلاف ولا لالون الصبغ لان من الثياب ما يزداد بالسواد ومنها ما ينقص وكذا من
الثياب ما يزداد بالخرقة والصفرة ومنها ما ينقص فلامعنى التمييز بالون دون لون بل لا يعتبر فيه الا الزيادة
والنقصان حقيقة ولو كان ثوبا ينقصه الصبغ بأن كانت قيمته ثلاثين درهما مثلا فتراجت بالصبغ
الى عشر من فغن محمد رحمه الله ينظر الى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ فان كانت الزيادة خمسة يأخذ رب
الثوب ثوبا وخمسة دراهم لان صاحب الثوب وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه بخمسة
دراهم ووجب عليه للغاصب قيمة صبغه خمسة فالحسنة فالحسنة قصاص ويرجع عليه بما بقي من
النقصان وهو خمسة روادهم عن محمد رحمه الله وهو مشكل من حيث ان المصوب منه لم يصل اليه
المصوب كله وانما وصل اليه بعضه وكان من حقه أن يطالب هو الى تمام حقه فكيف يتوجه عليه
الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ شيئا ولم يحصل له به التلف ماله وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة
المصوب بالاتلاف والاتلاف مقترن لو جوب بجميع القيمة وكيف صار مقتطعا هنا

فصل قال رحمه الله (غيب المصوب وضمن قيمته ماله) وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه لان
الغصب محظور فلا يكون سببا للملك كما في المذبر وهذا لان الملك مرغوب فيه وهو حكم شرعي فلا يصلح
المحظور سببا له لانه يلزم منه ترغيب الناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب فيه لهم ولا يجوز اضافة مثله الى
الشارع فوجب أدنى درجات السبب أن يكون مباحا كي لا يلزم الترغيب في تحصيل الحرام ولانه قبيح
لان منتهى عنه بقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض والغصب
ليس بتجارة عن تراض فكان باطلا والباطل لا يفيده الملك وهذا لانه عدوان محض وليس فيه شبهة
الاباحية كالقتل فكيف يستفاد الملك بالجناية المحضة ولنا أن المالك ملك بدل المصوب رقبته ويدا
فوجب أن يزول ملكه عن المبدل اذا كان يقبله دفعا للضرر عن الغاصب وتحقيق العدل أو ضرورة حتى

فصل (قوله كافي
المدير) أي اذا غصب وغيره
الغاصب وضمن قيمته اه
(قوله فوجب) أي أن لا
يكون سببا اذ هذا الملقى
يحتاج اليه لتصحيح كلام
الشارح رحمه الله فتأمل اه

لا يجتمع البديل والمبدل في ملك رجل واحد فانه مستحيل واسمه ينبتك عنه فان البديل اسم لما يقوم مقام
 الفاسد لا لما يقوم مقام القائم فاذا ثبت ملكه فيه على الكمال وجب أن يزول ملكه في المبدل ليحقق
 معنى هذا الاسم وكذا انظر الخبران ينبي عنه فانه لا يكون الا عن الفاسد كالبديل ولا يقال هذا بديل عما
 فات وهو اليد لا الملك لان الفاسد بفعل الغاصب هو اليد دون الملك اذ ملكه قائم في العين فلا يكون بدلا
 عن العين وله هذا قلتم لو كسر قلب غيره ففقد عليه القاضي بقمته وأخذ القلب ثم افترقا قبل القبض
 لا يبطل القضاء ولو كان بدلا عن العين لبطل لكونه صرفا لا نانا نقول لو كان بدلا عما فات من اليد مع بقاء
 العين في ملكه لكان اجحافا بالغاصب بازالة ملكه عن البديل واثبات الملك فيه للمغصوب منه بمقابلة عين
 في ملكه مع امكان تحقيق العدل بينهما وهذا خلف فكان من ضرورة القضاء بقمته العين زوال ملكه
 عنه ليحقق معنى البديل والخبران فكان ثبوت المبادلة ضروريا وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا
 يكون بينهما من كل وجه فلا يظهر في حق البطلان بالاقتراض قبل القبض لان شرط التقاض ثبت فيما
 هو سبب الملك مقصودا فلا يتقدم وأما المبدل فبقول يزول ملكه عنه ويدخل في ملك الغاصب ضرورة
 ولهذا لم يظهر المبدل وظهوره كسب كان للغاصب الا أنه اذا ظهر المبدل بما دأب الى ملك المغصوب منه
 صيانة لحق المبدل أو نقول المبدل لا يقبل النقل فيجعل الضمان بدلا عن اليد التي فاسدت بفعله للضرورة أو عن
 العين من غير أن يدخل في ملكه شيء كما في ضمان العتق عندهما ولا يقال المبدل يقبل النقل من ملك
 الى ملك ولهذا الوقضى القاضي بجواز بيعه نفذ لاننا نقول ينفسخ التدبير بالقضاء فينفذ البيع بعد
 القضاء لكونه قد انفساخه والجواب عما تلا أن رضاه قد وجد بطلب القيمة منه ونحن لا نجعل
 الغصب القبيح سببا للملك بل الغصب موجب لرد العين عند القدرة ولذا القيمة عند العجز بطريق الخبران
 وهذا الحكم هو المقصود بهذا السبب ثم ثبت الملك للغاصب بشرط القضاء بالقيمة لاحكام ثابتا بالغصب
 مقصودا ولهذا الاعلان الولد بخلاف الزيادة المتصل والكسب لانه تتبع اذا كسب بدل المنفعة ولا كذلك
 المنفصل بخلاف البيع الموقوف أو الذي فيه الخيار حيث يملك به الزيادة المنفصلة أيضا لانه سبب موضوع
 للملك فيستند من كل وجه قال رحمه الله (والقول في القيمة للغاصب مع عينه والبيعة للمالك) لان الغاصب
 منكر والمالك مدعي ولو أقام الغاصب البيعة لا تقبل لانها تنفي الزيادة والبيعة على النقي لا تقبل ذكره
 في النهاية ثم قال فيه قال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل بيعة الغاصب لاسقاط اليمين وقد تقبل البيعة
 لاسقاط اليمين ألا ترى أن المودع اذا ادعى رد الوديعة يقبل قوله ولو أقام البيعة تقبل بيئته ثم قال وكان
 أبو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت مشككة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة وبين مسألة الوديعة
 وهو الصحيح قال رحمه الله (فان ظهر وقيمتها أكثر وقد ضمنه بقول المالك أو بيئته أو بشكول الغاصب
 فهو للغاصب ولا خيار للمالك) لانه رضى به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما ادعاه قال رحمه الله (وان ضمنه
 بين الغاصب فالمالك يرضى الضمان أو يأخذ المغصوب ويرد العوض) لعدم تمام رضاه بهذا القدر
 من الضمان وانما أخذ دون القيمة لعدم الحاجة للرضاه ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه أو أقل
 في هذه الصورة وهي ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع عينه قال الكرخي رحمه الله لا خيار له لانه يرضى عليه
 مالية ملكه بكمله وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح لان ثبوت الخيار لفوات الرضا وقد فات هنا
 حيث لم يحصل له ما دعيه وله أن لا يبيع ماله الا بشئ يختاره ويرضى به فكان له الخيار ثم اذا اختار
 المالك أخذ العين فلا يغاصب أن يحبس العين حتى يأخذ القيمة التي دفعها اليه لانها مقابلة بالعين بخلاف
 المبدل لانه غير قابل به بل بما فات من اليد على ما بينا قال رحمه الله (وان باع المغصوب فضمنه المالك
 تنذيعه وان حرره ثم ضمنه لا) أي لو باع الغاصب المغصوب أو أعتقه ثم ضمنه المالك قيمته نفذه ببيعه
 ولا ينفذ عتقه والفرق بينهما ما أن ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا أو ضرورة وكل ذلك ثابت من
 وجهه دون وجهه ولهذا لا يظهر للمالك في حق الاولاد ويظهر في حق الاكساب لان الولد أصل من

(قوله أو نقول المبدل لا يقبل
 النقل) أي من ملك الى
 ملك فلهذا لم يملكه الغاصب
 بالضمان اه اتقاني (قوله
 في المتن ويرد العوض) أي
 ولو كان قيمتها أكثر مما أخذ
 يدانق اه عمادية في آخر
 سبعة وعشرين

(قوله أن تكون الزيادة متصلة) (٣٣٣) كالسمن والجلال اه (قوله أو منفصلة) كالولد والثمر والعقرو واللبن والكسب اه

(قوله فلا يصير غصباً) أي فإذا لم يوجد عند الغصب في الزيادة لا يجب الضمان لأن الزيادة حصلت في يده بغير صفة بايجاد الله تعالى ولا صنع للغاصب في أحداث الولد فصار كما إذا هبت الريح على ثوب انسان فألقته في حجر غيره فإنه لا يكون مضموناً عليه لأنه لم يوجد عند الصنع من جهته وإنما يكون واجب الرد إلى مالان الأصل حتى إذا فوت الرد بالتعدي كالأكل والبيع ونحو ذلك أو بالمنع بعد الطلب يكون ضامناً اه اتفاقاً (قوله على هذا أكثر مشايخنا) وقال الاتفاقى واليه ذهب أكثر مشايخنا اه (قوله وقال زفر والشافعي الخ) قال الاتفاقى والكلام مع الشافعي في هذه المسئلة بناء على المسئلة الأولى وهي أن زوائد الغصب عندنا أمانة متصلة كانت أو منفصلة وعنده مضمونة ثم لما كان الولد مضموناً عنده لم يجز أن يجبره بنقص الأم لأنه مشغول بضمان نفسه فلا يجوز أن يؤدي به ضمان غيره لأن الشيء الواحد لا يتأدى به ضمانان في حالة واحدة وبهذا الطريق أجمعت الأمة في ولد الطبيعة إذا أخرجت من الحرم وانقصت بالولادة أن الولد لا يجوز أن لا يجوز أن يكون جابراً نقصان الأم

وجه تبع من وجه قبل الانفصال وبعده أصل من كل وجه والكسب تبع من كل وجه لكونه بدل المنفعة وهي تبع محض والمالك النافض يكفي لنفوذ البيع دون العتق ألا ترى أن البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه ولا يشبه هذا عتق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بإجازة المالك البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وكذا بضمان الغاصب القيمة في الأصح لأنه عتق ترتب على سبب ملك تام بنفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب والدليل على أنه تام أن الأشهاد يشترط في النكاح الموقوف عند العقد لا جازة ولولم يكن تاماً لا يشترط عند الإجازة ولهذا التصرف الغاصبان وتقباضا واقتراوا أجازا المال كان بعد الافتراق جازا للصرف وكذا المبيع عليك عند الإجازة بزوائده المتصلة والمنفصلة ولولم يكن تاماً بنفسه لما كان كذلك قال رحمه الله (وزوائد المغصوب أمانة فتضمن بالتعدي أو بالمنع بعد طلب المالك) وقال الشافعي رحمه الله هي مضمونة على الغاصب ولا فرق بين أن تكون الزيادة متصلة أو منفصلة أو كانت بالسعر على المذهبين للشافعي رحمه الله أنها متولدة من عين مضمونة فتكون مضمونة مثلها الماعرف أن الأوصاف الشرعية تسري من الأصل إلى ما يتولد منه ألا ترى أن ولداً أم الولد والمدة والمكاتبه والفتنة والحرة يسرى إليه حكم أمه حتى يكون حكمه حكم أمه وكذا ولداً الطبيعة المخرجة من الحرم يسرى إليه حكم أمه ولأن الغصب هو إثبات اليد على ملك الغير بغير إذن مالكه وقد تحقق ذلك في الزوائد بحسب تحققه في الأصل فكان مضموناً كالأصل وصار كولد الطبيعة المخرجة من الحرم ولنا أن الغصب إزالة اليد للمالك بإثبات اليد عليه ولا يتحقق ذلك في الزوائد لأنهم لم تكن في يدي المالك حتى يزيلها عنه فلم يتحقق تفويت اليد فلا يصير غصباً فلا يضمن إلا بالتعدي أو بالمنع عند طلبه لأن المنع تعدد وانما يضمن ولداً الطبيعة عنده لوجود المنع منه لأن الرد إلى الحرم حق الشرع وهو أموريه كما أخرجهما فيكون متعدياً بالامتناع عن الرد حتى لو هلك قبل تمكنه من رده إلى الحرم لا يضمن لعدم المنع على هذا أكثر مشايخنا رحمه الله ولوقلتنا وجوب الضمان مطلقاً يمكن من الرد أو لم يتمكن فهو ضمان اتفاق لأن الصبي كان في الحرم آمناً بغيره عن أيدي الناس وقد فوت عليه الأمن بإثباته اليد عليه فحققت الجناية عليه بذلك ولهذا لو أخرج جماعة من الحرم من صيد أو أحدهم من الحرم يجب على كل واحد منهم جزاء كامل لتحقيق الجناية منهم ولو كان من باب الغصب لما وجب عليهم الأقيمة واحدة بوضوحه أنه يجب بالأعانة والاشارة والدلالة لإزالة الأمن فلان يجب بإثبات اليد عليه وهو فوقها جناية أولى وأحرى قال رحمه الله (وما انتقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها) أي إذا ولدت الجارية ولداً ونقصت بالولادة كان النقصان مضموناً على الغاصب وإن كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد ويسقط ضمانه عن الغاصب وإن لم يكن وفاء به يسقط بحسابه وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فكيف يجبر بملكه عند كونه فصار كولد الطبيعة المخرجة من الحرم وكما لو هلك الولد قبل الرد وهلكت الأم بالولادة أو غير ذلك من الأسباب وكما لو جرح صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره فغيب مكانه غيره أو خصى عبد غيره فأزدادت قيمته به أو علمه فأضناه التعليم وأزدادت به قيمته فإنه يضمن الجزاء الفسائت ولا يجبر بالزيادة التي حصلت به وإن كان سبب النقصان والزيادة متحداً ولنا أن سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لأنهم أوجبوا فوات جزء من مالية الأم وحصول مالية الولد لأن الإبداء صار مالاً بالانفصال وقبله لا يعتد به ألا ترى أنه لا يجوز التصرف فيه ببيع أو هبة ونحوه فإذا صار مالاً لم يعد مظهر النقصان به فأنقضى الضمان فصار كما إذا شهد الشهود بالبيع بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعه وامن الشهادة لا يضمنون لأنهم أخافوا بالشهادة قد رماؤا فلا يعقدون اتلافاً لالتحاد السبب كذا إذا و كذا إذا قطعت يده عند الغاصب فردته مع إرث اليد فإنه يجبر بنقصانه بالارث لما ذكرنا من اتحاد

لأنه لما كان مضموناً بنفسه لا يجوز أن يؤدي به ضمان غيره فأنقضى ضمانه بسلام أن زوائد المغصوب أمانة ولكنها يمنع أن يكون السبب النقصان من غير بالولد لأن الولد مالاً المغصوب منه فلا يصح أن يكون ملكه جابراً للملك اه

(قوله لم يرجع المشتري على البائع بشئ من الثمن) أي ولو لم يرجع (٢٣٣) بنقصان الحبل اه اتقاني وكتب ما نصه قال

الاتقاني والجواب عن المسائل
أما مسألة الشراء منعها
بعض مشايخنا فقال يرجع
بجميع الثمن عند أي حنيفة
وسلم بعض مشايخنا وفرق
بين مسألة الغصب ومسألة
الشراء فقال في الغصب
الواجب نسخ فله بالرد على
الوجه الذي أخذ ولم يوجد
ذلك حيث هلك بسبب
كان عند الغاصب فلا جرم
وجبت عليه قيمتها وفي
الشراء الواجب على البائع
تسليم المبيع لا الرد والتردد
في كونه مفضيا إلى التلف
أم لا يمنع صحة الرد ولا يمنع
صحة التسليم والتبعض لأنه
سلم المبيع كواقع عليه العقد
وهو أنه مال متقوم وموتها
في النفس لا يندم التسليم
على الوجه الذي وجب عليه
فلا يضمن الثمن اه (قوله
فيجب عليه تسليم التسليم)
ينافي قولهم مقتضى العقد
السلامة ولهذا يرجع إذا
اطلع على عيب بعد امتناع
الرد لا يصنع اه قارئ
الهداية (قوله في المشتري
ومنافع الغصب) قال في
اشارات الاسرار المنافع
لا تضمن بالغصب سواء صرفها
لنفسه أو عطلها على المالك
صورة المسئلة رجل غصب
عبدا فأمسكه شهرا حتى
صار غاصبا للمنافع أو استعمله
حتى صار مستهلكا لها
عندنا لا تضمن هذه المنافع

السبب لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة مخرجا عن النقصان ولأن الواجب
على الغاصب أن يرد ما غصب وما يثبه كما غصبه من غير نقصان فإذا فعل ذلك برئ من الضمان ألا ترى
أنه لو غصب جارية مميقة فرضت عنده وهزلت ثم تعافت وسميت حتى عادت مثل ما كانت فرددتها
لا ضمان عليه ولو كان مطلق الفوات يوجب الضمان لضمن وكذا إذا سقط سنها أو قلعها الغاصب
فثبت مكانه أخرى فرددتها سقط ضمانها عنه وقولهما كيف يجبر ملكه بملكه قلنا ليس هذا يجبر في
الحقيقة وإنما هو اعتبار الملك منه فلا يضمنه عن بعض بعد أن كان متحدا كما إذا غصب نقرة فضة
فقطعها فإنه يرد ما ولا شيء عليه غيرهما إذا لم تنقص بالقطع وولد الطيبة ممنوعة فان نقصانها يجبر
بولاها عندنا فلا يرد علينا وكذا إذا ماتت الأم ممنوعة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله فإنه روى عنه
أن الأم إذا ماتت وفي الولد وفاء بقيمتها برئ الغاصب برده عليه وفي رواية عنه أنه يجبر بالولد قدر نقصان
الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب وتخرج به أن
الولادة ليست بسبب لموت الأم إذا لم تنقص بالقطع وبغير الولادة من العوارض وهي ترادف
الآلام وكبر الولد وضيق المخرج فلم يمتد سبب النقصان والزيادة وكلاهما فيما إذا اشترى وأما إذا مات الولد
قبل الرد فإنه لم يحصل للمالك مال المنة المصوب ولا بد منه لبراءة الغاصب والخصاء ليس بزيادة لأنه غرض
بعض الفتنة وهذا لو غصب العبد الخصى وهلك عنه لوجب عليه قيمته خصى وإنما تجب عليه
قيمتها غير خصي وكذا لو رده الغاصب بعد ما خصاه لا يرجع على المالك بما زاد من الخصاء ولو كانت الزيادة
معتبرة لرجع عليه بالزيادة كما يرجع بما زاد الصبي هكذا ذكره وهذا يشير إلى أنه يجب عليه ضمان
ما نقص بالخصاء مع رده وإن زادت قيمته وهو مشكل فإن الغاصب إذا خصاه وزادت قيمته به لا يجب
عليه ضمان ما فات بالخصاء مع رد الخصى بل يخير المالك أن شاء ضمنه قيمته يوم غصبه وترك الخصى
للغاصب وإن شاء أخذ ما لا شيء له غيره ذكره في النهاية معزيا إلى التهمة وقاضيان فكان الأقرب هنا أن
يمنع فلا يلزمنا ولا اتحاد في السبب فيما عدا ذلك من المسائل لأن سبب النقصان القطع والجز وسبب
الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم وسبب الزيادة الفطنة من العبد وفهمه قال رحمه الله (ولو زنى
بمغصوبة فردت فماتت بالولادة ضمن قيمتها ولا تضمن الحرة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا تضمن
الامة أيضا لانقصان الحبل لأن الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليه نقصان العيب
ثم هلا كهنا بعد ذلك حصل بسبب حادث في يد المالك فلا يطل به الرد ولا يضمن الغاصب الا النقصان
كما إذا جت في يد الغاصب فردتها وماتت من تلك الحمى أوزنت عند الغاصب فردتها وجلدت بعد الرد
عند المالك وماتت من ذلك فإنه لا يضمن لانقصان عيب الزنا وكذا المبيعة إذا سلمها إلى المشتري وهي
حبل ولم يعلم المشتري بالحبل وماتت من الولادة لم يرجع المشتري على البائع بشئ من الثمن اتفاقا
ولا أبي حنيفة رحمه الله أنه لم يردّها كما أخذها لأنه أخذها ولم ينعقد فيها سبب التلف ورددتها وفيها ذلك فلم
يصح الرد فصار كما إذا جنت جنابة في يد الغاصب فقتلت بها أو دفعت بها بعد الرد فإنه يرجع بقيمتها على
الغاصب كذا هذا بخلاف الحرة لأنها لا تضمن بالغصب حتى نقول يبقى ضمان الغصب ويقسده
الرد ولا يجب ردّها أصلا فافترقا وفي فصل الشراء لا يجب الرد بل ابتداء التسليم كما وقع عليه العقدان
كان وقت العقد سليما فيجب عليه تسليم السليم وإن كان معيبا فيجب عليه تسليم المعيب وموتها
بالولادة لا يندم التسليم وفي الغصب السلامة شرط لصحة الرد فم يرد مثل ما أخذها إلا بعد فافترقا على
أنه ممنوع فيجب على البائع رد الثمن كالأستحقاق وفي فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى وانها تزول
بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصل بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده
دون الزيادة قال رحمه الله (ومنافع الغصب ونخر المسلم وخنزيره بالتلف) أي لا تضمن منافع المصوب

وسكنى الدار اجر وهو مذهب علمائنا وقال الشافعي عليه الاجر وكذلك لو لم يركبها ولا سكنها ولو كان حبسها أيا ما ثم ردها على صاحبها فلا أجر عليه عندنا اه اتقاني قال مشايخنا هذا اذا لم يكن معدا للاستغلال فان كان معدا يضمن المنافع بالغصب والا فلا وفي الفتاوى الكبرى منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معدا للاستغلال أولا نظرا لوقفه في المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المستغلات والارواق وأموال البتاي (٢٣٤) ويوجبون أجر منافعها على الغصبة اه معراج (قوله) ولنا أن عمروا حيا حيا

وخير المسلم وخزيره وهو معطوف على الحررة في قوله ولا تضمن الحررة أما منافع المصوب فالمدكور مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله تضمن لان المنفعة مال متقوم مضمونة بالعقود كالأعيان لان المال اسم لما قيل اليه النفس مخلوقا لصالحا والمنافع بهذه الصفة ألا ترى أنه يصلح صداقا ولم يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال بالنص ولولا أنهم مال لما صحت صداقا وللهذا جازت الاجارة من العبد التاجر ولولا أنهم مال لما ملك لأنه لا يملك العقد بغير المال وأوضح منه أن الأعيان انما تصير مالا باعتبار الانتماع بها وما لا ينفع به فليس بمال فاذا لم تصر الأعيان مالا لا باعتبارها فكيف تنعدم المصلحة فيها وهي متقومة بنفسها لان المتقوم عبارة عن العزة وهي عز بنفسها عند الناس ولهذا يبدلون الأعيان لاجلها بل تقوم الأعيان باعتبارها فيستحيل أن لا تكون هي متقومة ولنا أن عمروا حيا حيا رضي الله عنه ما حيا حيا بوجوب قيمة ولد المغرور وخزيره وردا لاجارية مع عقرها على المالك ولم يحكم بوجوب أجر منافع الجارية والا لولا دمع علمهما أن المستحق يطلب جميع حقه وان المغرور كان يستخدمهما مع أولادهما ولو كان ذلك واجبا لهما لما سكتا عن بيان وجوبه عليهما ولان المنافع حدثت بفعله وكسبه والكسب الكاسب لقوله عليه الصلاة والسلام كل الناس أحق بكسبه فلا يضمن ملكه ولان الغصب ازالة للمالك بأثبات اليد العادية ولا يتصور ذلك فيها لانهم أراض لا يتقرب زمانين فيستحيل غصبها وكذا اطلاقها لانه لا يخافوا أن يرد عليها الاتلاف قبل وجودها أو حال وجودها أو بعد وجودها وكل ذلك محال أما قبل وجودها فلان اتلاف المعدوم لا يمكن وأما حال وجودها فلان الاتلاف اذا طرأ على الوجود دفعه فاذا قاربه منه وأما بعد وجودها فلانها تنعدم كما وجدت فلا يتصور اتلاف المعدوم ولانها لو كانت أموالا مضمونة لضمنت بالمنافع لكونها مائة لالهها وهو عادل فاذا لم تضمن بها لا يمكن أن تضمن بالأعيان لان الاعراض ليست بمثل للأعيان لان ما لا يبقى لا يكون مثالا لما بقي وضمن العبد وان مشروط بالمائلة بانهن والاجماع والاجارة أجيزت للضرورة أو لكونها برضا المتعاقدين وعند ذلك لا يشترط التساوى ألا ترى أن بيع الشيء بأضعاف قيمته يجوز ولا يجوز ذلك في ضمان العبد وان فبطلت المقايسة فاذا لم يكن للنفعة مثل لا يمكن القضاء ببذلها فيؤخر الى دار الجزاء حتى يحكم الله له بماله لان عدم القضاء للجزء لا لعدم الحق والله على كل شيء قدير وبكل شيء عليم قصار بمنزلة الحكمة لأرضها في الدنيا أو ايداع حصل له من غيره وقوله مال متقوم لا يسلم لان المال عبارة عن احراز الشيء وادخاره لوقت الحاجة في نوائب الدهر وذلك لا يتحقق في المنافع لما ذكرنا والدليل عليه أنه يشال فلان متقول اذا كان له مال موجود حيزا متقدرا ولا يقال فلان متقول ولا مال له بالأكول والمشروب وبكل ما يستعمل ولهذا لا تعتبر المنافع من الثلث في حق المريض حتى جازله اعادة جميع ماله ولو كانت المنافع مالا لما جاز الامن الثلث وجوازها مهورا باتفاقهما لانها تصير مالا بالتراضي ولهذا جازت الاجارة من العبد التاجر وأحد الشرعيين والمضارب والاب والوصي وقوله المال مخلوقا لصالحا الخ قلنا هو كذلك لكن بصفة الاحراز سمي مالا والمنافع لا يتصور فيها ذلك لاستحالة بقائها على ما بينا وأما خير المسلم وخزيره فلعدم تقويمهما في حقه للنهي الوارد فيهما ما قال رحمه الله (وضمن لو كانا ذمي) أي ضمن متلف الخبز والخزيران كانا ذمي

بوجوب قيمة ولله المغرور) أي الذي وطئ أمة غيره معتدا على ملك نكاح اه اتقاني (قوله) لضمنت بالمنافع) أي ولا قائل بذلك اه اتقاني (قوله) لا يمكن أن تضمن بالأعيان) أي كالدرهم والدنانير اه غايه (قوله بالنص) بقوله تعالى فاعمدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم اه (قوله) في المتن وضمن لو كانا ذمي) قال صدر الاسلام البردوي في شرح الكافي نصراني غصب من نصراني خيرا فهل سكت عنه يضمن مثلها وكذلك لو استقرض ذمي من ذمي ويحب مثلها وكذلك لو باع ذمي من ذمي خيرا يجوز البيع وكذلك لو أناف خنزيرا على ذمي ذمي مثله يضمن قيمته وكذلك لو باع ذمي من ذمي خنزيرا يجوز بيعه وكذلك لو غصب مسلم من ذمي خيرا فهل سكت عنه الا أنه يضمن قيمتها ولا يضمن مثلها ولو أناف مسلم على ذمي خنزيرا على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئا وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته وهذا

كاه عندنا لان عندنا الخبز والخزير مال متقوم في حق أهل الذمة وأما عند الشافعي فلا ضمان في شيء من ذلك وقال والبيع باطل لانه ليس له ما تقوم عنده في حق أهل الذمة كما في حق المسلمين اه اتقاني ثم قال الاتقاني رحمه الله وأما الخنزير اذا أنلفه المسلم فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة خلافا لهما كذا ذكرنا خلاف خبر الاسلام البردوي في شرح الكافي لان الخنزير متقوم في سقمهم كالخمر فيضمنه كما يضمن الخمر وجبت القيمة وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تملك الخمر فهو وجبت

القيمة وجد قول أبي حنيفة أن قيمة الحيوان قاعة مقام الحيوان حتى إذا جاء بقيمته بعد الاتلاف يجبر على القبول كما إذا جاء بالحيوان
 فيكون أداء قيمة الخنزير كقيمة المسلم لا يملك تسليم الخنزير فلا يملك تسليم قيمته أيضا بخلاف قيمة الخمر لأن القيمة ليست في معنى
 الخمر لأن الخمر من جملة ذوات الامثال وقيمة ماله مثل ليست في معنى عينه شرعا فلا يكون أداء القيمة كتمليك الخمر وهذا الذي ذكرنا من
 عدم الضمان في اتلاف المسلم الخنزير عند أبي حنيفة خلاف ما ذكره القدروري في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي حيث قال في
 شرحه قال أصحابنا إذا استهلك المسلم خمرًا على ذمي ضمن قيمتها وكذلك الخنزير ولم يذكروا خلاف فيه بين أصحابنا ولكن ما ذكره صدر
 الاسلام قياس قول أبي حنيفة الذي مر في كتاب النكاح قبيل باب نكاح (٢٣٥) الرقيق فيما إذا تزوج الذمي ذميصة

على خمر أو خنزير ثم أسلمها
 أو أسلم أحدهما قبل القبض
 فلها الخمر والخنزير إذا كانا
 عينين وإن كانا دينين
 فالجواب على التفصيل عند
 أبي حنيفة في الخمر تجب
 القيمة وفي الخنزير يجب مهر
 المثل (قوله وقال الشافعي
 لا يضمنه ما الذي أيضا) احتج
 الشافعي بقوله تعالى وأن
 احكم بينهم بما أنزل الله
 أي بين أهل الذمة ووجه
 الاستدلال أن مما أنزل الله
 تعالى حرمة الخمر والخنزير
 فيجب الحكم عليهم بحرمتهما
 اه اتقاني (قوله بخلاف
 الميتة) ولكن هذا في الميتة
 التي ماتت حتمًا أنها لا
 ذبيحة المجوسى ومخوقته
 وموقودته مال يجوز بيعها
 عند أبي يوسف خلافاً لحمد
 وقد عرف ذلك في المختلف
 فعلى قول أبي يوسف ينبغي
 أن يجب الضمان ألا ترى
 لما قال القدروري في كتاب
 البيوع من التقريب وذبيحة
 المجوسى يجوز بيعها من
 كافر وقال محمد لا يجوز

وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنه ما الذي أيضا وعلى هذا الخلاف إذا تلفه ما ذمي له أنه ما غيبر متقومين
 في حق المسلم فوجب أن يكونا في حقهم كذلك لأنهم أتباع لنا في الاحكام قال عليه الصلاة والسلام
 فإذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم وهذا يقتضي أن كل حق ثبت في حق
 المسلمين يثبت في حقهم لأن حقهم يزيد على حق المسلمين ولأن عقد الذمة خلاف عن الاسلام فيثبت به
 ما يثبت بالاسلام إذا اختلف الاصل فيسقط ذمة قومهم ما في حقهم ولا يصح بيعهما كما لا يصح في
 حق المسلم ولنا أنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون ألا ترى الى قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله
 ماذا تصنعون بما يتره أهل الذمة من الخمر فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولو لوهم بيعها واخذوا العشر
 من أثمانها فلولا أنهم متقومة وبيعها جائز لهم لما أمرهم بذلك ولأن الامر بالاجتناب في قوله تعالى
 فاجتنبوه يتناول المسلم فانتسخ في حقه بقى في حق الكافر على ما كان عليه من قبل على ما يقتضيه ذلك
 السيف والحاجة موضوعان عنهم فتعذر الالزام بخلاف الميتة والدم لأن أحدا لا يعتقد عقولهم ما
 وبخلاف الربالا أنه مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام أومن أربى فليس بيننا وبينه
 عهد ولأنه محترم عليهم في دينهم قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتدي يكون
 للذمي فأنفقته لا نأمنه منهم تركة التبرؤ له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف تركة التسمية
 عامدا إذا كان ممن يبيعه من المسلمين لأن ولاية الحاجة والسيف ثابتة فيمكن الزامه فلا يجب له على
 متلفه الضمان ولا على من اشتراه الثمن ولا ينعقد صحبته ثم المسلم إذا تلف خمر الذي يجب عليه قيمتها
 وإن كانت من ذوات الامثال لأن المسلم ممنوع عن تملكها وتلكها باها لما فيه من اعزازها بخلاف الذي
 إذا استهلك خمر الذي يجب عليه مثلها قدرته عليه ولا يصار الى القيمة الا عند العجز وهو قادر على
 تملكها وتلكها فلا يصار الى القيمة لأن المثل أحمل ولو أسلم الطالب بعد ما قضى له بملكها فلا شيء له على
 المطلوب لأن الخمر في حقه ليست بمقتومة فكان باسلامه مبرأ عما كان في ذمته من الخمر وكذلك أسلمها
 لأن في اسلامها اسلام الطالب ولو أسلم الطالب وحده أو أسلم الطالب ثم أسلم الطالب بعده قال أبو
 يوسف رحمه الله لا يجب عليه شيء وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجب عليه
 قيمة الخمر وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن الاسلام الطارئ بعد تقرر السبب كالاسلام المقارن
 للسبب وهو لا يمنع وجوب قيمة الخمر على المسلم على ما بينا فكذلك الطارئ ولا يبيح يوسف رحمه الله أن قبض
 الخمر المستحقة في الذمة قد تعذر استيفؤها بسبب الاسلام ولا يمكن إيجاب قيمتها أيضا لأنهم لو وجبت
 لا يخار ما أن تجب باعتبار أصل السبب وذلك لا يمكن لأن ذلك السبب أوجب عين الخمر دون القيمة
 ولم تكن القيمة واجبة في ذلك الوقت أو تجب باعتبار أنها بديل عن الخمر التي في الذمة ولا يمكن ذلك أيضا لأن

أنه مال لهم أقر وأعلى الانتفاع به كالخمر ولحمده أن ذبايحهم ميتة فصارت كالومات حتمًا أنه اه اتقاني (قوله قال الله تعالى وأخذهم
 الربا وقد نهوا عنه) وروى أصحابنا في كتبهم أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في عهدودهم ومن أربى فلا عهد له اه اتقاني
 (قوله وهو قادر على تملكها وتلكها) قال القدروري في شرحه لمختصر الكرخي فبين أن تلف صليبا على نصراني ضمن قيمته صليبا لانا
 أقرناهم على هذا الصنيع فصارت الخمر التي هم المقررون عليها وقد قال أصحابنا ان الذي يمنع من كل شيء يمنع منه المسلم الا شرب الخمر
 وكل الخنزير لانا استثنينا بالامان ولو غدا وضرر بالعيدان منعناهم من ذلك كله كما منع المسلمين لانه لم يستثن بعقد الامان كذا ذكر
 القدروري في شرحه اه

(قوله بخلاف الهلاك) قال الاتقاني (٣٣٦) فان هلك في يد الغاصب فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يجب عليه الضمان

بالهلاك لانه لم يملك بفعله ولم يكن له جنابة كذا قال الفقيه أبو الليث فاذا استهلكها قال في الجامع الصغير يضمن الخلل ولا يضمن الجلد وقال أبو يوسف ومحمد يضمن الجلد مذبوحا ويعطيه ما زاد الدباغ فيه أما مسألة الخلل فالمراد منها الوجه الاول من وجوه التحليل وهو ما اذا خللها من غير خايط لانها استحوالت مالا على ملك المصوب منه من غير زيادة مال من جهة الغاصب فاذا استهلكها الغاصب ضمن قيمتها كالمولم يتقدم الغصب ثم لم يذ كر محمد في الجامع الصغير ماذا يضمن قالوا في شروح الجامع الصغير فالظاهر انه يضمن المثل لانه مثلي الآن يكون من نوع لا يوجد له مثل في تلك المواضع فتجب قيمته ونقص الكرخي في مختصره على وجوب المثل فتقال في رجل غصب مسلما ثم افسدها ففعلها خلافاً لما كلفها فقال عليه خل مثلاً اه (قوله وكونه غير مضمون عليه لا ينافي الخ) يعني أن المستعار واجب الرد فاذا فوّت المستعير الرد باستهلاكه تجب عليه القيمة وان فات فلا فكذا هنا الجلد واجب الرد فاذا فوّته وجب عليه قيمته واذا هلك فلا اه غايه (قوله

من شرط البدلية تملك ما في الذمة والذي لا يقدر على تملك الخمر من المسلم كما أن المسلم لا يقدر أن يملكها فلا نعدا للشرط لعدم استيفاء القيمة وهو نظير مالو كسر قاب صغيره ثم تلف المكسور في يد صاحبه ليس لصاحبه أن يضمن الكاسر شيئاً لأن شرط تضمين قيمته تملك المكسور منه وذلك قد فات بخلاف الاسلام المقارن لان وجوب القيمة هناك باعتبار أصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه موجب للضمان باعتبار الجنابة من غير أن يصير موجباً للملك في الخلل كافي غصب المذبر قال رحمه الله (وان غصب خمر من مسلم فخلل أو جلد ميتة فدبغ فللمالك أخذهما وردهما زاد الدباغ) أي يأخذ الخلل بغير شيء والجلد المذبوح يأخذه ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومن الظل الى الشمس وبالثاني اذا دبغه بماله قيمة كالفحص والقرط بالظاء المشالة ونحو ذلك والفرق أن التحليل تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس فتبقى على ملك المصوب منه لان المالية لم تثبت بفعله وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم كالصبغ في الثوب فلهذا يأخذ الخلل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه وطريق معرفته أن ينظر الى قيمة الجلد كيا غير مذبوح والى قيمته مذبوحاً فيضمن فضل ما بينهما والغاصب أن يحبس حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الأبق بالجعل قال رحمه الله (وان أتلفه ما ضمن الخلل فقط) أي ان أتلف الغاصب الخلل والجلد المذبوح في يده قبل أن يردهما الى صاحبهما ضمن الخلل ولا يضمن الجلد المذبوح وهوذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال رحمه الله تعالى يضمن قيمة الجلد أيضاً مذبوحاً ويعطى ما زاد الدباغ فيه لان ملكه باق فيه ولهذا يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه له مذبوحاً بالاستهلاك كافي مسألة الخلل ثم يعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه فان الغاصب فيه يضمن قيمة الثوب مصبوغاً ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وهذا لانه واجب الرد عليه فاذا فوّته عليه وجب عليه قيمته خلفا عنه كافي الوديعه والمستعار بخلاف الهلاك لانه لم يوجده منه التقويت وكونه غير مضمون عليه لا ينافي وجوب ضمان الجنابة والاستهلاك جنابة فيضمنه به كافي الوديعه والعارية والمستأجرة وكذا الوديعه بشئ لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك فتبين بهذا أن الهلاك ينفارق الاستهلاك وقولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس بأن قضى لأحدهما بالdraهم والآخر بالنانير وأما عند اتحاد الجنس فيحط عن الغاصب قدر ما زاد الدباغ فيه ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ذلك القدر ثم الرد عليه ولا يـ حنيفة رحمه الله أن ماليتة وتقومه حصل بفعل الغاصب وفعله متقوم لاستعماله مالا متقوماً فيه ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقه الجلد تبع للصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الأصل وهو الصنعة لا يجب عليه ضمانه بالاتلاف فكذا التبعية فصارت كما اذا هلك من غير صنعة بخلاف وجوب الرد عليه حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوت قبليها وان كان غير متقوم بخلاف ما اذا دبغه بشئ لا قيمة له لان الصنعة فيه لم تبق حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولهذا لا يكون له حبسه ولا الرجوع ببدلها وبخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتاً قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعاً للصبغ وبخلاف المستعار ونحوه لانه لم يتصل به حق بالكلية فضلاً أن تكون المالية حصلت بفعله وغير المضمون انما يضمن بالجنابة اذا لم يكن مستفيداً من جهة الجاني بعوض يستحقه عليه وأما اذا كان مستفيداً من جهة به فلا ضمان عليه ألا ترى أن المشتري لما كان مالاً كالبيع من جهة البائع يضمن عليه له لا يجب على البائع الضمان باستهلاك المبيع وهنا مالية المصوب وتقومه حصل بفعل الغاصب بعوض يجب له على المالك فلا يجب عليه ضمانه بالاستهلاك حتى لو حدثت المالية بغير عوض يستحقها عليه يضمنه بالاستهلاك

ولا يـ حنيفة أن ماليتة الخ) قال الاتقاني فأما اذا كان الجنس واحداً فلا فائدة أن يضمن الغاصب خمسة عشر ويعطيه خمسة اه (قوله فصارت كما اذا هلك من غير صنعة) أي لا يضمن بالاتفاق اه اتقاني (قوله لثبوت قبليها) أي لثبوت الملك قبل الصنعة اه

(قوله لان الثوب قيمه) أى حتى لو غصبه جلد اذا كان غير مدبوغ كان لصاحب الجلد ان يضمه اه اتقانى وكتب على قوله لان الثوب
قيمة مانصه أى قبل الصبغ اه (قوله لانه بمنزلة غسل الثوب) قال القدوري في شرحه مختصر الكرخي وهذا اذا أخذ الميتة من منزل
صاحبها فدبغ جلد ما فأما اذا ألقى صاحب الميتة الميتة في الطريق فأخذ رجل جلد ما (ص ٢٢٧) فدبغه فقد قالوا انه لا سبيل له على الجلد
لان إلقاءها باحثة لاخذها

فلا يشبث له الرجوع كالقاء
التوبى اه اتقانى (قوله
ولو استهلك الغاصب) أى
بعد أن دبغه على القيمة له اه
(قوله يضمن قيمته مدبوغا)
أى بالاتفاق ولكن اختلف
الشافعي فيه قال بعضهم
يضمن قيمته مدبوغا وقال
بعضهم طاهر غير مدبوغ
اه اتقانى وكتب مانصه
واليه ذهب نقر الاسلام اه
اتقانى (قوله ولو خلل الخمر
بالقاء الملع فيه) قال الاتقانى
وأما اذا خللها بملح ألقاه فيها
وهو الوجه الثاني قال نقر
الاسلام في شرحه فعلى
قياس قول أبي يوسف وشيخه
بأخذ المالك ويعطيه
الغاصب ما زاد الملح فيه
بمنزلة دباغ الجلد وصبغ
الثوب وان أراد تركه وانضمته
لم يكن له حق التضمن في رواية
وفي رواية له ذلك قياسا على
جلد الميتة على ما يجب عليه
هذا وأما عند أبي حنيفة
رحمه الله فان ذلك صار ما
لغاصب ولا شيء عليه وهكذا
ذكر نقر الاسلام ومن وافقه
ومن مشايخنا من جعل
الجواب في الملح على التفصيل
فان كان يسيرا لاقية له
فحكمه حكم التخليل بغير شيء

كافي مسئلة تخليل الخمر والصبغ بشيء غير متقوم ولو كان قاءا فأراد المالك أن يتركه على الغاصب
ويضمه قيمته فيما اذا دبغه بشيء متقوم ليس له ذلك بالاتفاق لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب
لان الثوب قيمة وقيل عند أبي يوسف وشيخه رحمه الله له ذلك فيضمه لان الغاصب صار عاجزا عن الرد
بتركه عليه فصار كالاستهلاك وفيه يضمن الغاصب عندهما ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه
ما زاد الدباغ فيه كافي الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس
فهو ما لا قيمة له جانا لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلك الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهر غير مدبوغ
لان وصف الدباغة هو الذي حصل فلا يضمنه والا كثرون على الاول ووجهه أن صفة الدباغة تابعة
للجلد وهي غير معتبرة منفردة عن الجلد ولهذا لا يرجع بها على المالك عند دفع الجلد اليه فاذا صار
الجلد مضمونا عليه بالاستهلاك فكذا تبعه بخلاف ما اذا دبغه بشيء متقوم ولو جعل الغاصب الجلد فروا
أو جرابا أو زقالم يكن للمغصوب منه عليه سبيل لانه تبدل الاسم والمعنى بفعل الغاصب وبذلك على ما بينا
ثم ان كان الجلد ذكيا وجب عليه قيمته يوم النصب وان كان جلد ميتة فلا شيء عليه هكذا ذكره في النهاية
من غير تفصيل ولا خلاف معزى الى الأيضاح والخيرة وينبغي أن يكون على الخلاف والتفصيل الذي
تقدم في الاستهلاك لانه استهلاك معنى ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قيل عند أبي حنيفة رحمه الله صار
ملك للغاصب ولا شيء عليه لانه بالملح بما استهلكه لان الخلط استهلاك على ما عرف في موضعه فصار
كالجلد اذا استهلك بعد الدباغ بخلافه فروا أو غيره وعندهما أخذ المالك وأعطاه ما زاد الملح فيه بمنزلة
دبغ الجلد وصبغ الثوب ومعناه أن يعطيه مثل وزن الملح من الخل هكذا ذكره كأنهم اعتبروا الملح ما ناعما
لانه يذوب فيكون اختلاط المسامع بالمسامع فيشتتر كان عندهما ولو أراد المالك تركه عليه وانضمه فهو على
ما ذكرنا في دباغ الجلد من أنه ليس له ذلك بالاتفاق أو عند أبي حنيفة رحمه الله وحده وعندهما له ذلك وقد
بيناه وجهه ولو استهلكه لا يضمنه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لما هو مذهبى على ما بينا في دباغ الجلد
وقد ذكرنا الوجه فيه من الجانبين ولو خللها بصب الخل فيم اقل تكون للغاصب بغير شيء عند أبي حنيفة
رحمه الله سواء صارت خلا من ساعتها أو عرور الزمان عليها لان الخلط استهلاك عنده واستهلاك الخمر
لا يوجب الضمان وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكذا قال أبو حنيفة رحمه الله لانه استهلاك وان
صارت عرور الزمان كانا خلل بينهما على قدر حقهما كيلا لانه لم يستهلك الخمر فيصير في التقدير كأنه خلط
الخل بالخل وانطط ليس باستهلاك عند شيخه رحمه الله وان كان ما ناعما لان الجنس لا يملك بجنسه وقيل
ظاهر الجواب فيها أنه يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها أو بعد حين أما عندهما
فلا يشك كل لان الخلط ليس باستهلاك وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله لان الخلط انما يوجب زوال المالك
اذا كان يوجب الضمان وهذا قد عذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لا يضمن بالاتلاف فصار كما اذا
اختلط بنفسه من غير صنعه ولو استهلك الغاصب في هذه الرواية ينبغي أن يجب عليه الضمان اجماعا
ذكره في النهاية معزى الى قاضيخان عن الطائفة قال رحمه الله (ومن كسر معزقا أو أراق سكر أو منصفها
ضمن وصح بيع هذه الاشياء) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمنها ولا يجوز بيعها لانهم امة
للعصية فيسقط نفوذها كالخمر ولانه فعله باذن الشرع لقوله عليه الصلاة والسلام بعث بكسر المزامير
وقتل الخنازير ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا رأى أحدكم منكرا فليذكره فان لم يستطع فليأمره

كالتشيس وان ألقى فيها لمحا كثيرا يأخذها المالك عندهم جميعا ويعطى الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دباغ الجلد وصبغ الثوب كذا ذكر
نقر الدين قاضيخان في شرحه اه اتقانى (قوله ولو استهلك) أى استهلك الخمر الذي جعله خلا بالقاء الملح فيه اه اتقانى (قوله وقيل
ظاهر الجواب الخ) قائله خمس الأئة الطائفة في شرحه به الاتقانى اه (قوله وقال لا يضمنها) قال الاتقانى وجه قوله ما هو الاستحسان اه

(قوله وذلك أضعف الإيمان) قال الاتقاني والأول للأمراء والثاني للعلماء والثالث للعوام اه انظر ما يأتي في الصفحة الآتية في الشرح اه (قوله ولا يضمن حنيفة أنه أتلف ما لا الخ) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال أبو حنيفة إذا كسر رجل على رجل برابطاً أو طبلًا ضمن قيمته خشباً نحو تارة قال في المتقي عن أبي حنيفة يضمن قيمته خشباً ما خلعاً انما الذي يحرم منه التأليف وقال لا ضمان عليه الى هنا لفظ القدوري وقال الفقيه أبو الليث كانوا يقولون ان معنى قول أبي حنيفة أنه يضمن قيمته أن لو اشترى شيء آخر سوى اللهو فينظر لو أن انساناً أراد أن يشتره ليجمعه وعاء للملح أو غير ذلك بكم يشترى فيضمن قيمته بذلك المقدار وقال نضر الدين قاضي خان على قول أبي حنيفة يضمن قيمتها صالحة لغير المعصية ففي الدف يضمن قيمته دفاً يوضع القطن فيه وفي البربط يضمن قيمته قصعة يجعل فيها الثريد ونحو ذلك اه اتقاني وكتب ما نصه وهو القياس اه غاية (قوله بخلاف الصليب) أي الذي للنصراني إذا أتلفه المسلم اه (قوله وأما الدف والطبل اللذان يضر بان الخ) قال الامام العتباتي في شرح الجامع الصغير ولو كان طبل الغزاة أو طبل الصيد أو دف يلعب به الصبية في البيت يضمن بالأتلاف اه اتقاني (٣٨٣) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير روى عن أبي يوسف أنه حكى عن شريح

فان لم يستطع فبقية قيمته وذلك أضعف الإيمان والكسر هو الانكار باليد وله ذل الوفع له باصرأولى الامر كالامام لا يضمن فبأمر الشرع أولى ولا يضمن حنيفة رجه الله أنه أتلف ما لا يتفح به من وجه آخر سوى الله ولا تبطل قيمته لاجل الله وكاستهلال الأمة المغنية لان الفساد مضاف الى فعل فاعل مختار وجواز البيع ووجوب الضمان مبنيان على المسالية وقد وجد والامر بالمعروف باليد الى أولى الامر لقتلهم عليه وليس لغيرهم الا باللسان على أنه يحصل بدون الأتلاف بالمنع بالخذلته ثم يضمن قيمتها صالحة لغير الله وكفى في الأمة المغنية والكباش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى وتجب قيمة السكر والمنصف لا المثل لان المسلم ممنوع عن تلك عينه وان جازفعله بخلاف الصليب حيث يضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم في حقهم وقد أمرنا بان نتركهم وما يدينون ثم قيل الخلاف في الدف والطبل اللذان يضر بان للهو وأما الدف والطبل اللذان يضر بان في العرس أو الغزو فيضمن بالاتفاق ولو شق زقاقه خسر يضمن عنده ما لا مكان الا راقه بدونه وعند أبي يوسف لا يضمن لانه قد لا يتيسر الا راقه الابنه وذكر في النهاية ان الدنان لا تضمن بالكسر ان كان باذن الامام والفتوى في زماننا على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس وفي النهاية وذكر الصمد الشاهد في باب العدوى والاعداء من أدب القاضي رواية عن أحمد بن حنبل رجه الله أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد حتى قالوا أيضا لأبأس بالهجوم على بيت المفسدين وقيل يراق العصور أيضا قبل أن يشتمه ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق وقد روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أحرق البيت على الثقي حين سمع شراً في بيته وقد هجم عمر رضي الله عنه على نائحة في منزلها ثم نمر بها بالردة حتى سقط خمارها فقيل له يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال انهم الاحرمه لها وتكلموا في قوله لاحرمه لها قيل معناه انهم الماشية غلبت عما لا يحل في الشرع فقصد أسقطت عما صنعت حرمتها والتحقت بالاماء وروى أن الفقيه أبا بكر البخاري خرج على بعض نهر وكان النساء على شطه كاشفات الرؤس والذراع فقيل له كيف تفعل هذا فقال لاحرمه لهن انما الشك في إيمانهم كائن من حريات وانما قال ذلك استعدالا لآبائهم روى عن عمر رضي الله عنه ثم الامر بالمعروف

أن رجلين اختصما اليه في طنبور فلم يلتفت اليهما حتى قاما من عنده قال أبو يوسف لو كنت أنا لقتضيت بينهما فان كانت خصوصتهما في ذلك الشيء وهو في يد أحدهما أو في أيديهما كسرتة وعزرتهم ما ولو كانت خصوصتهما بان أحدهما كسره والآخر يطلب الضمان جزيت الذي كسر أجرا وعزرت الآخر وروى عن عبد الله بن عمر أنه رأى في يد بعض الناس شيئا من المعازف فكسره في رأسه ثم قال الفقيه أبو الليث وهذا الذي حكى أن أبا يوسف وشيخه أقالا أنه لا ضمان عليه في الدف والطبل إذا كان للهو وأما إذا كان طبل الغزاة أو

الصبيادين فيبغى أن يضمن وكذلك الدف إذا لم يكن للهو فيبغى أن يضمن إذا كان مثل ذلك يجوز ضربه في العرس اه اتقاني (٣٨٤) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال محمد إذا أحرق الرجل باباً نحو تاعليه غمائل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش فان كان صاحبها قطع رؤس التماثيل قبل ذلك ضمن قيمته منقوشا وذلك لان نقش التماثيل معصية فلا يجوز أن يتقوم في الضمان كما لا يتقوم الغناء في الجارية المغنية فإذا قطع رؤس التماثيل فذلك نقش غير ممنوع منه فيقوم على الغاصب وقال فيمن أحرق بساطا فيه تصاوير رجال ضمنه مصورا لان التماثيل في البساط ليست بمحرمة ألا ترى أن البساط يوطأ وإذا لم تكن محترمة ضمنها وقال فيمن هدم بيقام مصورا بالاصباغ غمائل ضمنه قيمة البيت وأصابه غيره مدمورا لان التماثيل في البيت منهي عنها كذا ذكر القدوري في شرحه اه اتقاني رجه الله (قوله ان كان باذن الامام) يعني لما كان الامر بالمعروف باليد لا لاهل الامر بل لم يلزم الضمان على الكاسر باذنهم اه غاية وكتب ما نصه عزاء الاتقاني الى الفتاوى الصغرى في آخر كتاب الجنائيات اه (قوله ثم الامر بالمعروف) انظر الصفحة السابقة في الشرح اه

كتاب الشفعة

ذكر كتاب الشفعة بعد كتاب الغصب المناسبة بينهما لان في كل واحد منهما تملك مال الانسان بغير رضاه وفرقهما ان الشفعة مشروعة والغصب غير مشروعة بل هو عدوان محض وكان القياس ان يقدم كتاب الشفعة لشرعيتها ولكن قدّم الغصب لكثرة الحاجة الى معرفته لانه يقع كثيرا في الماملات كالبياعات والاجارات والشركات والاضاربات والمزارعات وغيرها لاسيما هذه الزمان فانه زمان الظلم والظلم والتهدي ولقد احسن من قال

الظلم في خلق النفوس فان تجد * ذاعفسة فلعلة لا ينظم

اه اتقاني رحمه الله تعالى (قوله في المتن هي تلك البقعة الخ) قال الاتقاني ثم الشفعة (٣٣٩) عبارة عن حق التملك في العقار لدفع

ضرر الجوار اه (قوله

وسببها اتصال ملك الشفيع

الخ) وقيل سببها البيع كما

سيأتي قبيل قوله وتستر

بالاشهاد اه وكتب ما نصح

قال الاتقاني وسبب الشفعة

أحد الاشياء الثلاثة الشركة

في البقعة والشركة في الحقوق

والجوار على سبيل الملاصقة

وعند الشافعي لا تستحق

بالجوار وسيجي بيان الخلاف

اه وكتب ايضا ما نصح

والسبب فيها أصل الشركة

لا قدرها وأصل الجوار لا قدره

حتى لو كان للدار شرك

واحد أو جارا واحدا أخذ

كل الدار بالشفعة كشر

شريكه وجواره أو قل اه

بدائع (قوله وايقاف الدواب

والصغار) فان قلت في

المساواة بالارث والهبة

والوصية لا تثبت الشفعة

فتنتقض علتكم فانما انما

لا تثبت في هذه الصور لوجهين

أحدهما أن هذه الاسباب

لا يكثر وجودها فلا حاجة

فرض ان كان يغاب على ظنه أنه يقبل منه ولا يسهه تركه ولو علم أنه يمان بذلك أو يضرب وهو لا يصبر على ذلك أو تقع الفتن فتركه أفضل ولو علم أنه يصبر على الضرب والضرر ولم يصل الى غيره بذلك ضرر فلا بأس به وهو مجاهد بذلك ولو علم منهم أنهم لا يقبلون منه ولا يخاف منهم ضرا ولا اشتما فهو بالخيار والامر أفضل قال رحمه الله (ومن غصب أم ولدا ومدة بركة فانت ضمن قيمة المدبرة لا أم الولد) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمن أم الولد أيضا لانها متقومة عندهما كالمدة وعنده غير متقومة بخلاف المدبرة وقد ذكرناه ووجهه من الجانبين في كتاب العتق والله أعلم بالصواب

كتاب الشفعة

وهي في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ضد الوتر ومنه شفاعاة النبي صلى الله عليه وسلم للذنبين لانه يضمهم به الى الفائزين يقال شفع الرجل شفعه اذا كان فردا فصار له ثان والشفيع فيما نحن فيه يضم المأخوذ الى ملكه فلذلك سمي شفعة قال رحمه الله (هي تلك البقعة جبر على المشتري بما قام عليه) هذا في الشرع ومعناه اللغوي موجود فيه وهو الضم وزيد عليه أو صاف من التملك البقعة على وجه الجبر وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشتري لانها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث اعلاء الجدار وإيقاد النار ومنع ضوء النهار وإثارة الغبار وإيقاف الدواب والصغار لاسيما اذا كان يضاده كما قيل أضيق السجون معاشرة الاضداد وشرطها أن يكون المحل عقارا سقلا كان أو علوا أو احتمل القسمة أولا وأن يكون العقد قد تم معاوضة مال بمال ورخصتها أخذ الشفيع من أحد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها وحكمها جوار الطاب عند تحقق السبب وصفها أن لا يخذلها عنزلة شراء مبتدأ حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الردي بخيار الرؤية والعيب قال رحمه الله (وتجب للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ان كان خاصا للجار الملاصق) لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به رواه مسلم والنسائي وأبو داود وعن عباد بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء في الارضين والدور رواه عبد الله بن أحمد في المسند وقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعة جاره ينظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا رواه أبو داود وأحمد والدارقطني وابن ماجه وقال عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار من غيره رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه وقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسبقه ما كان رواه أحمد والنسائي وابن ماجه وانما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكره هنا

الى اثبات حق الشفعة لدفع الضرر الحاصل بها بخلاف البيع فانه يكثر وجوده والثاني لو ثبتت الشفعة بهذه الاشياء اما أن تثبت بهوض أولا بهوض والثاني ليس بمشروع في الشفعة والاول لا يمكن لان حق الشفعة انما ثبت في الشرع بالملك بعقل الثمن الذي اشتراه أو بقرينة كما اذا اشترى دارا بهبديأخذها بقيمة العبد وفي هذه المواضع لم يملك الدار بثن فكيف يأخذها به أو بقرينة ألا ترى أن الخلطة سبب الشفعة بالاتفاق ومع هذا لا تثبت الشفعة بالخلط بهذه الاشياء اه اتقاني رحمه الله (قوله سقلا كان أو علوا) اذا الشفعة لا تجب في المنتولات قصد ابل تثبت تبعالا لعقار اه معراج (قوله وأن يكون العقد قد تم معاوضة) أي ومن شرطها طلب الشفيع اه اتقاني (قوله وقال صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسبقه الخ) والسبق القرب والمراد منه الشفعة وتجاوز كتابته بالسبق والصاد جميعا

كأصراط يقال دار فلان بسقف دار فلان أي بقرب منها وأبيات القوم متساقبة أي متقاربة وسقبت الدار وأسقبت لغتان فصيحتان والمنزل سقب ومسقب كذا في الجوهرة اه اتقاني (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار الخ) وعند أهل المدينة مثل يحيى بن سعيد الأنصاري وربيعة بن أبي عبد الرحمن ومالك بن أنس لا شفعة بالجوار وبه يقول الشافعي وأحمد وأبو حنيفة ومنه سفيان الثوري وعبد الله ابن المبارك مثل مذهبنا أن الجار له شفعة كذا ذكر الترمذي في جامعه اه اتقاني (قوله ولان الشفعة تثبت على خلاف القياس) أي لان تلك مال الغير بغير رضاه لا يعقل اه اتقاني (فرعان) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره الشفعة تستحق عند أصحابنا جميعا بثلاثة معان بالشركة فيما وقع عليه عقد البيع أو بالشركة في حقوق ذلك أو بالجوار الأقرب فالأقرب وتفسير ذلك دار بين قوم فيها منازل لهم فيها شركة بين بعضهم وفيها ما هي (٣٤٥) مفردة لبعضهم وساحة الدار موضوعة بينهم تطرقون من منازلهم فيها وباب الدار

التي فيها المنازل في زقاق غير نافذ فباع بعض الشركاء في المنزل نصيبه من شريكه أو من رجل لي أجنبي بحقوقه من الطرق في الساحة وغيرها فالشريك في المنزل أحق بالشفعة من الشريك في الساحة ومن الشريك في الزقاق الذي فيه باب الدار فان سلم الشريك في المنزل الشفعة فالشريك في الساحة أحق بالشفعة وان سلم الشريك في الساحة فالشريك في الزقاق الذي لا منهذه الذي يشرع فيه باب الدار أحق به بالشفعة من الجار الملاصق وجميع أهل الزقاق الذين طريقهم فيه شركاء في الشفعة من كان في أدناه وأقصاه في ذلك سواء فان سلم الشركاء في الزقاق فالجار الملاصق عن لا طريق له في الزقاق بعد هؤلاء أحق وليس لغير الملاصق من الجيران شفعة عن لا طريق له في الزقاق وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد اه اتقاني قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره قال وقيل أبو يوسف في دار بين رجلين ورجل في باطريق فباع أحدهما نصيبه من الدار فشرى به في الدار أحق بالشفعة في ذلك ولا شفعة لصاحب الطريق قال وقال وكذلك دار بين رجلين لأحداهما حائط في الدار بينه وبين رجل يعني بأرضه فباع الذي له شريك في الحائط نصيبه من الدار والحائط قال فالشريك في الدار أحق بالشفعة الدار ولا شفعة للشريك في الحائط في الدار وله الشفعة في الحائط وأرضه وكذلك دار بين رجلين ولأحداهما بئر في الدار بينه وبين رجل آخر فباع الذي له الشريك في البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك في الدار أحق بالشفعة الدار ولا شفعة للشريك في البئر في الدار وله شفعة في البئر اه اتقاني (قوله قراخان) القراح الأرض البارزة التي لم يخلط بها شيء والماء

لأنها وجبت لدفع الضرر الدائم الذي يلحقه من جهته على ما بينا فكل ما كان أكثر اتصالا كان أخص بالضرر وأشد تعاملا معه فكان أحق به بالقوة الموجب لها فليس للاضعف أن يأخذ من جود الأقوى إلا إذا تركه حينئذ يأخذ إذا أشهد بأنه يطلم اعند علمه بالبيع وان لم يشهد عند ذلك سقط حقه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يأخذ وان تركه لأنه محجوب به قلنا تحقق السبب في حقه وانما قدم عليه غيره لقوته فإذا تركه كان له أن يأخذ وهو نظير دين الصحة مع دين المرض وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار لقول جابر رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة في كل مال لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه البخاري وقال عليه الصلاة والسلام إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه الترمذي وصححه وقال عليه الصلاة والسلام إذا قسمت الدار وحددت فلا شفعة رواه أبو داود وابن ماجه وعنه ولان الشفعة تثبت على خلاف القياس كيلا يلزمه مؤنة القسمة وهذا المعنى لا يتحقق في الجار لأنه لا يقاسم ولهذا لا تجب عنده في المشترك إذا كان لا يتحمل القسمة كالبيت والحمام والبيت الصغير لوقوع الأمن من لزوم المؤنة وانما ما رويناه والمراد بما روى والله أعلم أنها لا تجب للجار بقسمة الشركاء لأنهم أحق منه وحقه متأخر عن حقتهم وبذلك يحصل التوفيق بين الأحاديث ولا نسلم أن الشفعة وجبت لدفع أجرة القسمة وكيف يكون ذلك وأجرة القسمة مشروعة وكيف يجوز إلحاق الضرر بالمستري بأخذ ماله بغير رضاه لدفع حكمه مشرووع وانما العلة الموجهة دفع ضرر يلحقه بسوء العشرة على الدوام ولو كان لدفع أجرة القسمة لوجب في المذوق وقوله ان كان خاصا أي الشرب أو الطريق ان كان خاصا يستحق به وان لم يكن خاصا لا يستحق به بالشفعة والطريق الخاص أن يكون غير نافذ وان كان نافذا فليس بخاص وان كانت سكة غير نافذة تشبه منها سكة غير نافذة فبيعت دار في السفلى فلا لها الشفعة دون أهل العليا وان بيعت دار في العليا فلا لها الشفعة السكينة لان في العليا حقا لأهل السكينة حتى كان لهم أن يمر وافيا وليس في السفلى حق لأهل العليا حتى لا يكون لهم أن يمر وافيا ولا لهم فتح الباب اليها على ما بينا في كتاب القضاء والشرب الخاص عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله أن يكون نهر صغير لا تجري فيه السفن وان كان كبيرا بحيث تجري فيه السفن فليس بخاص فإذا بيع أرض من الأراضي التي يسقي منها لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه والجار أحق منهم بخلاف النهر الصغير وقيل اذا كان أهله لا يحصون فهو كبير وان كانوا يحصون فهو صغير وعليه عامة المساجح لئلا يكثر اختلاف في حد ما يحصى وما لا يحصى فبعضهم قدر ما لا يحصى بنحو مائة وبعضهم بأربعين وعن أبي يوسف رحمه الله الخاص أن يكون نهر يسقي منه قراخان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام

حنيفة وأبي يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد اه اتقاني قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره قال وقيل أبو يوسف في دار بين رجلين ورجل في باطريق فباع أحدهما نصيبه من الدار فشرى به في الدار أحق بالشفعة في ذلك ولا شفعة لصاحب الطريق قال وقال وكذلك دار بين رجلين لأحداهما حائط في الدار بينه وبين رجل يعني بأرضه فباع الذي له شريك في الحائط نصيبه من الدار والحائط قال فالشريك في الدار أحق بالشفعة الدار ولا شفعة للشريك في الحائط في الدار وله الشفعة في الحائط وأرضه وكذلك دار بين رجلين ولأحداهما بئر في الدار بينه وبين رجل آخر فباع الذي له الشريك في البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك في الدار أحق بالشفعة الدار ولا شفعة للشريك في البئر في الدار وله شفعة في البئر اه اتقاني (قوله قراخان) القراح الأرض البارزة التي لم يخلط بها شيء والماء

وقيل هو مفوض الى رأى المجتهدين في كل عصر ان رأوهم كثيرا كانوا كثيرا وان رأوهم قليلا كانوا قليلا
وهو أشبه الاقويل قال رحمه الله (والشريك في خشبة على الحائط ووضع الجذوع على الحائط جار)
ولا يكون شريكا لأن الشراكة المعبرة هي الشراكة في العقار لا في المسقول والخشبة منقولة وبوضع الجذوع
على الحائط لا يصير شريكا في الدار وكذا بالشراكة في الجذوع لا يكون شريكا قيم الكسبه جار ملازق ولو جرد
اتصال بقعة أحدهم مابينة الاخر فيستحق الشفعة على انه جار ملاصق ولا يترتب ذلك على غيره من
الجيران وكذا اذا كان بعض الجيران شريكا في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشراكة في البناء
المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البناء والمكان الذي عليه البناء مشتركا بينهما كان
هو أولى من غيره من الجيران ويتأني ذلك بأن يبنى الشريك في المشتركة ثم يقتسمها الارض غير موضع
البناء فيبقى البناء وموضعه على الشراكة وانما كان هو أولى لأنه شريك في بعض المبيع والشريك أولى
أما في موضع البناء فظاهر لكونه شريكاً فيه وأما في الباقي فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد ورحمهما الله
واحمدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله لان الضرر يخص به حيث كان شريكاً في البعض فيقدم على
الجار وفي رواية أخرى عنه هو والجار سواء في غير موضع الجدار لان استحقاقه الشفعة في غير موضع
الجدار بالجار وغيره من الجيران يساوونه فيه وعلى هذا لو كان بعض الجيران شريكاً في منزل من الدار
أو بيت منها فبعت الدار كان هو أحق بالمنزل لما ذكرنا واستتووا في البقية في رواية لان كلهم جيران في حق
البقية وكذا لو كانت دار بين رجلين ولا أحدهما فيه بائر مشتركة بينهما وبين آخر غير شريك في الدار
فباعها كان الشريك في الدار أولى بشفعة الدار لأنه شريك فيها والآخر جار والشريك في البئر أولى بالبئر
لأنه شريك فيها والآخر جار وعلى هذا لو كان سفلى بين رجلين عليه عا ولا أحدهما مشتركة بينهما وبين
آخر فباع عا والسفلى والعاو كان العاو شريكاً في العاو والسفلى شريكاً في السفلى لان كل واحد منهما
شريك في نفس المبيع في حقه وجار في حق الآخر وشريك في الحق اذا كان طريقتهما واحدا قال رحمه
الله (على عدد الرؤس بالمبيع) أي تجب الشفعة بالمبيع وتقسم على عدد الرؤس اذا كانوا كثيرين
وقال الشافعي رحمه الله على مقدار الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك ألا ترى أنها التكميل المنفعة
فأشبهه العلة والريح والولد والثره ولنا أنهم استتووا في سبب الاستحقاق لوجود علة استحقاق الكل في
حق كل واحد منهم ولهذا لو انفردوا أخذ الكل والاستتواء في العلة يوجب الاستتواء في الحكم ولا
ترجح بكثرة المال بل بقوة فيها ألا ترى أن أحدا الخصمين اذا أقام شاهدين والآخر أربعة فهم سواء وكذا
صاحب الجراحات مع صاحب جراحة واحدة واحدة بخلاف الخرمع الجرح فان الخرمع أقوى لأنه لا يتخلف عنه
الموت فكان أولى باضافة الموت اليه وما استشهد به من الولد وغيره متولد من الملك فيستحق بقسط الملك
وعلى ذلك ملك الغير لا يتولد من ملكه فكيف يجعل من غير اهل العلة أصل الملك لا قدره والملك لا يراد
بزيادة العلة ولو أسقط بعضهم حقه قبل القضاء لهم كان لمن بقي أن يأخذ الكل لان السبب لاستحقاق
الكل قد وجد وتقرر في حق كل واحد منهم والتشخيص للزاحز وقد زالت وتطير الرهن فانه يحبس بكل
الدين وبكل جزء من أجزائه ولهذا لو أوفى البعض أو كان رهنا عند رجلين ففضى دين أحدهم ماليس له
أن يأخذ شيئا من الرهن بخلاف ما اذا أسقط حقه بعد القضاء حيث لا يكون له أن يأخذ نصيب التاركة لأنه
بالقضاء قطع حق كل واحد منهم في نصيب الآخر ولو كان بعضهم غائباً بقضى بالشفعة بين الحاضرين
في الجميع لان الغائب يحتمل أن لا يطلب فلا يؤخر بالشك وكذا لو كان الشريك غائباً فطلب الحاضر
بقضى له بالشفعة لما ذكرنا ثم اذا حضر وطلب الشفعة قضى له بها التحقق طلبه غير أن الغائب اذا كان
يقاسمه الحاضر لا يقضى له بها كل اذا أسقط الحاضر حقه التحقق انقطاع حقه عن الباقي بالقضاء وهو نظير
ما لو قضى للشريك ثم ترك ليس للجار أن يأخذ منه لأنه بالقضاء للشريك انقطع حقه وطلب لا يقضى عليه
بذلك لتقدمه عليه ولو أراد الشفيع أن يأخذ البعض ويترك البعض فليس له ذلك الا برضا المشتري لأنه

القراح الذي لم يخف لمطبه شيء
كذا في تهذيب الديوان اه
اتقاني (قوله والا استواء الخ)
لو كان أحدهما جاراً ملاصقاً
من جانب واحد والاخر
ملاصق من ثلاثة جوانب
فهو سواء اه شرح مغنى
لللقاني (قوله بخلاف الخ)
أي سزا الرقبة اه (قوله
حيث لا يكون له) أي لمن
بقي اه

(قوله حتى إذا أقر بالبيع) أي ووجد المشتري اه (قوله لوجود رغبته عنها) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي والشفعة تجب برغبة
البائع عن ملكه بدليل أنه لو ادعى أنه باع داره من زيد فجحد بذلك وجبت الشفعة لأجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وإن لم يحكم
بدخوله في ملك المشتري ثم قال وهذا المعنى هو سبب الشفعة اه اتقاني (قوله أو يحكم الحاكم) قال الاتقاني ولا يملك الشفيع الدار قبل
تسليم المشتري اليه أو قضاء القاضى (٤٤٤) وإن أثبت شفعة بطلب الموأبة وطلب التقرير حتى إن المبيع لو كان كرمافاً كل

المشتري ثماره سنين فانه
لا يكون مضموناً عليه ولا
يطرح عن الشفيع شيء
من الثمن لما أكل من ثماره
إذا كانت الثمار حدثت بعد
ما قبض المشتري الكرم
فهذا معنى قوله أنه يملك
بالأخذ لا بالطلب على الأفراد
كذا في شرح الطحاوى اه

باب طلب الشفعة

(قوله في اثنين أشهد في مجلسه
على الطلب) قال في الهداية
والأشهاد فيه أى في طلب
الموأبة ليس بالازم قال
الحاكمى لأن طلب الموأبة
ليس لأثبات الحق وإنما شرط
هذا الطلب ليعلم أنه غير
معرض عن الشفعة حتى
يمكنه الخلف حين طلب
المشتري حاله أنه طلبها كما
سمع وفي الذخيرة وانما ذكر
أصح بناءً على إجماع الطلب
لأنه شرط صحة هذا الطلب
بل لا اعتبار بثبوته على المشتري
عند انكساره الطلب اه

(قوله فالأول طلب الموأبة)
وسمى الطلب الأول طلب
الموأبة تمييزاً لها عن طلب
وهو قوله عليه الصلاة
والسلام الشفعة لمن واثبها

بلحقه ضرر بتفريق الصفقة عليه ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لا يصح ويسقط حقه به
لأعراضه ويقسم بين الباقين على عدد رؤسهم وكذلك لو كان أحد الشفيعين حاضراً والآخر غائباً فطلب
الحاضر الشفعة في النصف على حساب أنه يستحق في النصف بطلت شفيعته لأنه يستحق الكل والقسمه
للمزاجه فإذا تزل في شيء منها وجد الأعراض فيه فسقط في الكل لكونه لا يتجزأ وكذلك لو كانا حاضرين
فطلب كل واحد منهما النصف بطلت شفيعتهما ولو طلب أحدهما الكل والآخر النصف بطل حق من
طلب النصف ولا آخر أن يأخذ الكل أو يتركه وليس له أن يأخذ النصف لما ذكرنا والباء في قوله بالبيع
تعلق بتجب في قوله تجب للخليط معناه تجب له الشفعة بعد البيع أي بعده لأنه سبب له لأن السبب هو
الاتصال على ما بينا والشرط رغبة المالك عنها حتى إذا أقر بالبيع أخذها الشفيع لوجود رغبته عنها
وقيل البيع هو السبب بدليل أن الشفيع لو أسقط الشفعة قبل الشراء لا يصح لكونه اسقاطاً قبل وجود
سببه وهو البيع ولو كان السبب الاتصال لصح لكونه بعد وجود السبب وجوابه أنه انما يصح
الاسقاط قبل لفقد شرطه وهو البيع لأن السبب لا يكون سبباً الا عند وجود شرطه كما في الطلاق المعلق
قال رحمه الله (وتستقر بالاشهاد) لأنها حق ضعيف يبطل بالأعراض فلا بد من الأشهاد بعد طلب
الموأبة للاستقرار كما أنه لا بد من طلب الموأبة وهو أن يطلب كما سمع لقوله عليه الصلاة والسلام
الشفعة لمن واثبها وقال عليه الصلاة والسلام الشفعة لكل العقال ولأن رغبته فيها بذلك تعلم ولأنه
يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه ذلك إلا بالاشهاد قال رحمه الله (وعليك بالأخذ بالتراضي أو
قضاء القاضي) أى تلك الدار المشفوعة بأحد الأمرين إما بالأخذ إذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم
الحاكم من غير أخذ لأن ملك المشتري قد تم بأشراء فلا يخرج عنه إلى الشفيع الا برضاه أو بحكم الحاكم
لأن للحاكم ولاية عامة فيقدّر على ذلك في ضمن الحكم بالحق ولا يتب عليه نفسه فوق ولاية القاضي
عليه فـ كان أولى بذلك وتطير الهبة لما تم ملك الموهوب له لا يخرج عن ملكه إلا بأحد الأمرين
الذكرين إلا أن أخذ الشفعة بقضاء القاضي أحوط حتى كان للشفيع أن يمنع من الأخذ إذا سلم
المشتري له بغير قضاء لأن في القضاء زيادة فائدة وهي ضرورة الحادثة معلومة للقاضي وتبين سبب ملكه
فإذا كانت المشفوعة غالباً بأحد الأمرين فقبل وجود أحد هـ لا يثبت له فيها شيء من أحكام الملك حتى
لا تورث عنه إذا مات في هذه الحالة وتبطل شفيعته إذا باع داره التي يشفع بها ولو بيعت دار يجنبها في هذه
الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها والله سبحانه وتعالى أعلم

باب طلب الشفعة

قال رحمه الله (فإن علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه على الطلب ثم على البائع لو في يده) أى إذا كان
المبيع في يده أو على المشتري أو عند العقار فهذان طلبان فالأول طلب الموأبة والثاني طلب التقرير
وفيه طلب ثالث وهو طلب الأخذ والملك ولا بد من هذه الثلاثة أما الأول وهو طلب الموأبة فلما روينا
وينا من المعنى والشرط أن يطلب كما علم على الفور من غير تأخير ولا سكوت لأن سكوته بعد العلم يدل على

أى طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من التوب على الاستعارة لأن من يثب هو الذي يسرع في طي الأرض عشيه اه رضا
اتقاني (قوله والشرط أن يطلب كما علم) أى على الفور سواء كان عنده إنسان أو لم يكن وفي كتاب الاجناس نقل عن كتاب الشفعة لموسى بن
نصر صاحب محمد بن الحسن يحتاج الشفيع أن يعلمها ساعة بالغة البيع ويتكلم بلسانه بالطلب حضره الشهود أو لم تحضره وقال الحسن
ابن زياد من قول نفسه ليس عليه أن يتكلم بالطلب إذا لم يكن يحضره أحد اه اتقاني

(قوله ويستتر أن يكون متصلا بعلمه عند المشايخ) يعني أن عامة المشايخ على أن طلب الشفعة على الفور اه اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني والاصل هنا أن طلب الشفعة على الفور في رواية وفي رواية هشام على المجلس وهو اختيار الكرخي قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وإذا بيعت الدار وله شفع فبلغ ذلك الشفع فان شهد أقال في الأصل ان لم يطلب مكانه بطلت شفعته قال القدوري في شرحه وهذا يقتضي أن الطلب على المجلس ثم قال الكرخي وقال ابن سماعة عن أبي يوسف ان لم يطلب حين بلغه بطلت شفعته وقال في موضع آخر فان لم يطلب ساعة بطلت شفعته قال وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف قال القدوري وهذا يقتضي أن الطلب على الفور ثم قال الكرخي وقال ابن رستم عن محمد اذا بلغ الشفعة صاحبها فسكت فهو رضاء وهو ترك الشفعة قال القدوري وهذا يدل أنه على الفور ثم قال الكرخي وقال هشام عن محمد في نوادره اذا بلغه فسكت هنيئة ثم ادعاها من ساعة فهو على شفعته قال القدوري وهذا يفيد المجلس وقال ابن أبي ليلى ان ترك الطلب ثلاثة أيام بطلت شفعته وقال الشعبي (١) ان تركها بطلت وقال سريكت لا تبطل أبدا حتى يبطلها بقوله كذا ذكر القدوري في شرحه وجه رواية الفور قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة من واثبها وقوله عليه الصلاة والسلام انما الشفعة كنشطة عمال ان قيدها ثبتت والاذهبت ووجه رواية المجلس أنه خيار تلك كخيار القبول (٢) والخبرة ولأنه يتروى بالنظر هل يصلح له الاخذ أم لا يصلح وذلك لا

يمكن على الفور اذا ثبت انها على المجلس وهو أصح الروايتين كان على شفعته مالم يقم أو يتشاغل بغير الطلب اه (قوله وعنه أن له التأمل الى آخر المجلس) أي روى عن محمد أن الشفع مجلس العلم اه اتقاني (قوله وبهذه الرواية أخذ الكرخي) قال الاتقاني قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره بعدما ذكر فيه روايات الأصل والنوادر وليس هذا عندى اختلافا في رواية ولا معنى لان جميع العبارات انما أريد بها أن لا يكون الطلب من أخيه من الحال تراخي يدل

رضاه بجوار الجار الطراد ومعاشرته فتبطل شفعته به ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد علم المشتري والتمن لان السكوت انما يكون دليل الرضاء بعد العلم به ما كان لا يكون سكوتها رضاء الا اذا كان بعد العلم بالزوج ثم اذا أخبر بحضرة الشهود يشهدهم عليه وان لم يكن بحضرة أحد يطلب من غيرا شهاد لان هذا الطلب صحيح من غيرا شهاد والاشهاد لحفاة الجود والطلب لا بد منه كي لا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى ولا يمكنه الخلف اذا حلف ولما لا يكون معرضاً عنها وراضياً بجوار الخيل ويستتر أن يكون متصلا بعلمه عند عامة المشايخ وهو مروى عن محمد رحمه الله تعالى وعنه أن له التأمل الى آخر المجلس والخبرة لانه قال فلا بد من التأمل فيه كسائر التامكات وهذه الرواية أخذ الكرخي رحمه الله ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم أو سبحان الله لا تبطل شفعته على هذه الرواية لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه اتعبد الاضرار به والثالث الافتتاح بالكلام به ولا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بمن دون فن يرغب عن مجاورة بعض دون بعض فلا يدل ذلك قبل العزبه على الاعراض وكذا لو قال خلصني الله ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة في الحال ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره بدر جلان غير عداين أو واحد عدل عبد أبي حنيفة رحمه الله أو رجل وامرأتان لان فيه الزاماً من وجه دون وجه فيشترط فيها أحد شرطى الشهادة إما العدالة أو العدد وقد ذكرناهما من قبل مع أخواتها وعند عدم ما يجب عليه الا شهاد اذا أخبره واحد حر أو عبداً صغيراً كان أو كبيراً اذا كان الظاهر حقاً وان لم يشهد بطلت شفعته ولو أخبره المشتري بنفسه يجب عليه الطلب بالاجماع كيفما كان لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم وأما الثاني وهو طلب التقرير

على ترك المطالبة بالشفعة أو الاعراض عنها وهو عندى على مثال ما قالوا في الخبر في الطلاق في رجل قال لزوجته أمرك ببيدك وخيار المشتري اذا أوجب له البائع البيع قال قد بعثك هذا العبد بالشفعة فله المشتري خيار الرد أو القبول في المجلس مالم يظهر منه ما يستدل به على الاعراض عن الجواب والترك اه اتقاني (قوله لا تبطل شفعته على هذه الرواية) يعني الرواية الثانية عن محمد التي عبر عنها بقوله وعنه الخ وهي التي اختارها الكرخي قال الاتقاني قال الكرخي في مختصره قال هشام في نوادره سألت محمد عن رجل قيل له ان فلان باع داره وهو شفعها فقال الحمد لله قد ادعت شفعته أو قال سبحان الله أو قال الله أكبر قد ادعت شفعته ألقى صاحبها الذي يدعي الشفعة قبله فبدأه بالسلام قبل أن يدعي الشفعة ثم ادعاها أو قال حين أخبره بالبيع من اشتراها أو بكم باعها أو عطي صاحبها فشفعه قبل أن يدعي الشفعة ثم ادعاها قال محمد هو في هذا كله على شفعته الى هنا لفظ الكرخي ثم قال الاتقاني وقال في التواريل سئل أبو بكر البخني عن الشفع اذا سلم على المشتري قال تبطل شفعته اه (قوله وقد ذكرناهما من قبل مع أخواتها) أي في آخر فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي (قوله اذا كان الظاهر حقاً) وجه قولهما أن من أخبار المعاملات فيقبل فيه قول الواحد عدل لا كان أو غير عدل كسائر أخبار المعاملات اه اتقاني (قوله ولو أخبره المشتري بنفسه) أي بان قال اشتريت دار فلان اه (قوله وأما الثاني وهو طلب التقرير) أي والاشهاد اه هداية **فرع** قال في خلاصة الفتاوى الشفع اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد فان أشهد حين أصبح صح اه اتقاني

(١) قول الشعبي ان تركها بطلت هكذا في الأصل ولعل في الكلام سقط خبر اه كتهه

(قوله لأنه على الفور) قال
 الشيخ الامام عطاء الدين
 الاسيحي رحمه الله في شرح
 الكافي ثم يذهب على الفور
 بعد طلب المراجعة الى الدار
 أو الى البائع أو الى المشتري
 فيطلب الشفعة عند واحد
 من هؤلاء ويشهد على ذلك
 ويسمى هذا طلب التقرير
 ولو ترك هذا أو آخر من غير
 عذر تبطل شفيعته اه اتفاقاً
 (قوله أو على المشتري) أي
 سواء كانت الله ارفي يده أو لا
 لان الملك له ويأخذ الشفعة
 منه اه دراية (قوله وذكر
 شيخ الاسلام أنه يصح
 استحساناً) أي لان الاشهاد
 حصل على العاقد فيصح كما
 يصح على المشتري اه دراية
 (قوله وأما الثالث) أي من
 أنواع الطلب اه (قوله وهو
 طلب الاخذ والتملك) وسماه
 بعضهم طلب الخصومة قال
 الاتقاني وسماه في شرح
 الكافي طلب الاستحقاق
 وهو أن يرفع الشفيع الاصر
 الى القاضي فيثبت حقه
 عنده بالحنة اه (قوله وهذا
 عند أبي حنيفة وأبي يوسف
 في ظاهر الرواية) أي وعليه
 الفتوى اه هداية (قوله
 تبطل شفيعته) أي ويؤثر قول
 زفر اه هداية (قوله لا تسقط
 بالتأخير) أي بالاتفاق اه
 كما في (قوله وقال شيخ
 الاسلام) أي وقاضيان
 في جامعه وصاحب المذاهب
 والخلاصة اه كما في قال

ولا بد من الاشهاد فيه لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي ولا يمكنه الاشهاد على طلب المراجعة ظاهراً
 لانه على الفور فيحتاج بعد ذلك الى الاشهاد للتقرير حتى لو أمكنه ذلك وأشهد عنه بطلب المراجعة بأن يلفه
 البيع بمحضرة الشهود والمشتري أو البائع حاضر أو كان عند البائع يكسبه ويقوم بذلك مقام الطالبين
 ذكره شيخ الاسلام وكيفية هذا الطلب أن يتم من المكان الذي سيع فيه ويشهد على البائع ان كان
 الم في يده أو على المشتري أو عند العاقد فاذا فعل ذلك استقرت شفيعته وانما يصح الاشهاد عند
 هؤلاء الثلاثة لان المشتري والبائع خصم فيه بالملك أو باليد وأما عند العاقد فانهما في الحق به ولا يكون
 البائع خصماً به بعد تسليم البيع الى المشتري لعدم الملك واليد فلا يصح الاشهاد عليه بعده هكذا ذكره
 القدوري والناطقي وذكر شيخ الاسلام أنه يصح استحساناً ومدة هذا الطلب مقدرة بما يمكن من الاشهاد
 مع القدرة على احدى هؤلاء الثلاثة حتى لو عكر ولم يطلب بطلت شفيعته وان قصد الا بعد من هذه الثلاثة
 وتركه الا قرب فان كانوا جميعاً في مصره جاز استحساناً لان نواحي مصر جعلت كاحية واحدة حكماً
 كأنهم في مكان واحد وان كان بعضهم فيه والبعض في مصر آخر أو في الرستاق فقصده الا بعد وتركه
 الذي في مصره بطلت شفيعته قياساً واستحساناً التباين المكانين حقيقة وحكماً وان كان الشفيع غائباً
 يطلب طلب المراجعة حين يعلم ثم يعذر في تأخير طلب التقرير بقدر المسافة الى احدى هذه الثلاثة وصورة
 هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشتري هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلب الآن
 فأشهد على ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط تسمية البيع وتحديد يده لان مطالبته غير معلوم
 لا تصح فادالم بين المطالب لم يكن لاطالبه اختصاص بالبيع فلم يكن لها حكم حتى يبين المطالب وأما
 الثالث وهو طلب الاخذ والتملك فلا بد منه أيضاً لانه لا يحكم له به بدون طلبه وبين كيفية هذا الطلب
 من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ثم لا تسقط بالتأخير) أي لا تسقط الشفعة بتأخير هذا
 الطلب وهو طلب الاخذ بعد ما استقرت شفيعته بالاشهاد وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله
 في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا تركه الخصومة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر
 بطلت شفيعته لانه دليل الاعراض والتسليم كما في تأخير الطالبين الاولين وقال محمد رحمه الله ان آخر هذا
 الطلب الى شهر من غير عذر بطلت شفيعته وعنه أنه قدره بثلاثة أيام لانه لو لم تسقط بتأخير الحق المشتري
 ضرر من جهة لا يفتنح عن التصرف فيه خشية أن ينقض تصرفه وهو مدفوع قال عليه الصلاة
 والسلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ثم قدر تلك المدة بثلاثة أيام في رواية لانها هي التي ضربت لابلاء
 الاعذار كما هال الخضم للدفع والمدين للقضاء وفي رواية قدرها بشهر وهو قول زفر ورواية عن أبي يوسف
 رحمه الله أنه لا بد آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان وجهه الظاهر أن حقه قد تقرر بالاشهاد فلا
 يبطل بالتأخير كسائر الحقوق وما ذكر من الضرر يمكنه ازالته بأن يرفع الاصر الى الحاكم فيأمره بالاخذ
 أو بالتارك على أنه مشكل بما اذا كان الشفيع غائباً بحيث لا تسقط بالتأخير ولو كان ضرره مراعى
 اسقطت اذ لا فرق في لزوم الضرر في حقه بين أن يكون حاضراً أو غائباً ولو كان التأخير بعذر من مرض
 أو حبس أو عسار فاض برى الشفعة بالجوار في بلده لا تسقط بالاجماع وان طالت المدة لكونه لا يمكن
 من الخصومة في مصره وقال شيخ الاسلام الفتوى اليوم على أنه اذا أخر شهر اسقطت الشفعة لتغير أحوال
 الناس في قصد الاضرار بالغير قال رحمه الله (فان طالب عند القاضي سأل المدعي عليه فان أقر بملك
 ما يشفع به أو نكسب أو برهن الشفيع سأل عن الشراء فان أقر به أو نكسب أو برهن الشفيع قضى بها)
 أي اذا تقدم الشفيع وأدعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضي سأل القاضي المدعي عليه وهو
 المشتري عن الدار التي يشفع بها الشفيع هل هي ملك الشفيع أم لا فان أقر بأنها ملكه أو أنكر ونكسب
 عن الدين أو أقام الشفيع بينة أنها ملكه سأل القاضي المشتري عن الشراء فيقول له هل اشتريت أم لا

(قوله سألته عن سبب شفيعته وحده وما يشفع بها) قال الاتفاق رحمه الله وسرط في الفتاوى بيان حدود دار الشفيع التي فالجب الشفعة
بها بان قال أنا شفيعها بالجواري بداري التي أحدها كذا والثاني كذا والثالث (م ع ٣) كذا والرابع كذا ولا يشترط تحديد

دار الشفيع على ما كان

الخصاف ل اذا قال أنا شفيع

الدار التي اشتراها فلان من

فلان وهي في بلدة كذا في

محلة كذا في سكة كذا وبين

حدودها بداري التي تلازقها

كفي وان لم يذ كر حدود داره

قال الفقيه أبو الليث وأما

الطلب عند الخاتم أن يقول

اشترى هذه الدار التي أحد

حدودها كذا والثاني كذا

والثالث كذا والرابع كذا

وأنا شفيعها بالجوار بداري

التي أحدها كذا

والثاني كذا والثالث كذا

والرابع كذا طلبت أخذها

بشفيعتي فربما تسلمها لي

بشفيعتي هذه اه اتفاقا

(قوله يقول للمدعي الخ) وقال

رفر وهو واحد الروايتين

عن أبي يوسف ليس عليه

اقامة البينة على المالك لان

الميل دليل على المالك ألا ترى

أن الشهود يشهدون بالملك

بمشاهدة اليد فوجب أن

يقضى بالشفعة لاجلها

وانما أن اليد ظاهرة في الملك

والظاهر يدفع به الدعوى

ولا يستحق به على الغير اه

اتقاني (قوله وطلب) أي

الشفيع اه (قوله وهو

قول أبي يوسف) أي وقد

مر الكلام فيه في فصل

كيفية المين اه (قوله

احترار عن توى الثمن

المشتري وهذا لا يجوز وليس

فان أقر بأنه اشترى أو نكل عن المين أو أقام الشفيع بينة قضى بالشفعة لثبوتها عنده وهذا هو طلب
الأخذ الموعود به فذكر هنا سؤال القاضي المدعي عليه عن ملك الشفيع أو لا عقيب طلب الشفيع وليس
كذلك بل القاضي يسأل المدعي أو لا قبل أن يقول على المدعي عليه عن موضع الدار من مصر ومحلة
وحدودها لانه ادعى فيها حقا فلا بد من أن تكون معلومة لان دعوى الجحول لا تصح فصار كما اذا ادعى
ملك رقبتها فاذا بين ذلك سأل هل قبض المشتري الدار أم لا لانه اذا لم يقبضها لا تصح دعواه على المشتري
حتى يحضر البائع فاذا بين ذلك سأل عن سبب شفيعته وحده وما يشفع بها لان الناس يختلفون فيه
فلهذا ادعاه بسبب غير صالح أو يكون هو محجوب بغيره فاذا بين سبب صالح ولم يكن محجوب بغيره سأل أنه
متى علم وكيف صنع حين علم لانها تبطل بطول الزمان وبالأعراض وبما يدل عليه فلا بد من كشف ذلك
فاذا بين ذلك سأل عن طلب التقرير وكيف كان وعنده من أشهد (١) وهل كان الذي أشهد عنده كان أقرب
من غيره أم لا على الوجه الذي بيناه فاذا بين ذلك كله ولم يخل بشئ من شروطه تم دعواه وأقبل على المدعي
عليه فسأل عن الدار التي يشفع بها هل هي ملك الشفيع أم لا وان كانت هي في يد الشفيع وهي تدل على
الملك ظاهرا لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق فلا بد من ثبوت ملكه بحجة لاستحقاق الشفعة فيسأل عنه
فان ذكر أن يكون ملكا له يقول للمدعي أقم البينة أنهم ملكك فان عجز عن البينة وطلب عليه منه استخفاف
المشتري بالله ما يعلم أنه ملك للذي ذكره عما يشنع به لانه ادعى عليه حقا وأقر به لزمه ثم هو في يد غيره
فيخلف على نفي العلم وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله يخلف على البينات لان المدعي
يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب فصار كما اذا ادعى عليه المالك بسبب الشراء فان نكل أو قامت
للشفيع بينة أو أقر المشتري بذلك ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها وثبت السبب وبهذا ذلك
يسأل القاضي المدعي عليه فيه قول له هل اشتريت أم لا فان أنكر الشراء قال للشفيع أقم البينة أنها اشترى
لان الشفعة لا تجب الا بالشراء فلا بد من إثباته بالحجة فان عجز عن إقامة البينة وطلب عين المشتري
استخلف بالله ما اشترى أو بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا تكليف على
الخاصل وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله والاول على السبب وهو قول أبي يوسف رحمه الله على
ما بيناه في الدعوى وانما يخلف على البينات لانه تكليف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة وفي ماله
يخلف على البينات على ما عرفت في موضعه فان نكل أو أقر أو قامت للشفيع بينة قضى بها الظهور والحق
بالحجة قال رحمه الله (ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى بل بهذا القضاء) بل يجوز له المنازعة
وان لم يحضر الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي له بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية
الاصل وعن محمد رحمه الله أن القاضي لا يقضى له بالشفعة حتى يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن أبي
حنيفة رحمه الله احتراز عن توى الثمن وجه الظاهر أن الثمن قبل القضاء غير واجب عليه ولا يطالب
بإدائه والاحضار لا تسام ولا يجب التسام قبل الوجوب فلا معنى لاحضاره قبل القضاء ثم اذا قضى
القاضي له بالشفعة قبل احضار الثمن فله المشتري أن يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه لانهم ما نزلوا
منزلة البائع والمشتري وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله أيضا لانه فصل بمجتمد فيه ولو أخر دفع الثمن بعد
ما قال ادفع الثمن اليه لا تبطل بالاجماع لأنها كدها بالقضاء بخلاف ما اذا أخر قبل القضاء بعد الاشهدا عند
محمد رحمه الله حيث تبطل لعدم التأكيد قال رحمه الله (وخاصم البائع لو في يده) أي للشفيع أن يخاصم
البائع اذا كان المبيع في يده لان له يدا حقيقة أصالة فكان خصما كالملك بخلاف المودع والمستعير

(١) قوله وهل كان الذي أشهد عنده كان هكذا في النسخ بتكرار لفظ كان اه محكيته

(قوله في المتن ولا يسمع البيعة حتى يحضر المشتري الخ) قال الكرخي في مختصره فاذا صح الاشهاد على ما ذكرنا وأراد أن يقضى له بالدار بالشفعة فإن كانت الدار لم تقبض أحضر البائع والمشتري جميعا ولا يقضى له حتى يحضر جميعا فإن أحضر أحدهما دون الآخر لم يحكم له فإن كانت الدار قد قبضت فالخصم هو المشتري وحده فاذا أحضر حكم عليه فاذا حكم الحاكم بالشفعة على ما ذكرنا والدار في يد البائع انتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري وبسلم الشفيع الثمن إلى البائع وكانت عهدة الشفيع على البائع بالثمن ويرجع الشفيع على البائع بالثمن إذا كان قد قدمه إلى هذا لفظ الكرخي وقال الكرخي أيضا في مختصره فاذا أخذ الدار بالشفعة من يد المشتري فالبيع الأول صحيح ويدفع الشفيع الثمن إلى المشتري وعهدة الشفيع على المشتري وذلك لأن الشيء انتقل من ملك المشتري فلم يجب بذلك فسخ بيعه كما لو باعه وأورد القندوري هنا سؤالاً وجواباً في شرحه فقال إن قيل إذا كان الشفيع يستحق بسبب سابق للمشتري فاذا أخذ الشيء من يد المشتري انفسخ ملك المشتري كما ينفسخ إذا أخذ من يد البائع أصله المستحق إذا أخذ من يد المشتري والجواب أن أخذ الشفيع من يد المشتري لو كان فسهما لم يجوز أن يقضى إلا بحضور البائع (٣٤٤) فلما انفقوا على أنه يقضى على المشتري بالشفعة بغير حضور البائع دل على أن الأخذ منه ليس

بفسخ ويغارق هذا الاستحسان لأنه يبين بالاستحقاق أن البائع لم يكن مالكا وإنما فسخنا البيع إذا أخذ من يد المالك لسقوط القبض وهذا لا يوجد إذا أخذ من المشتري وإذا ثبت ما ذكرنا قلنا إن كانت الدار أخذت من يد البائع فالعهد عليه لأن العهدة ضمان الثمن عند الاستحقاق والبائع هو القابض للثمن وكان رده عليه ولأن البيع انفسخ بين البائع والمشتري وانتقل المبيع من ملك البائع فكانت عهدة الشفيع وإنما أخذت من المشتري فإن العهدة عليه لأنه لا تدعو القابض للثمن ولأن الشيء انتقل من ملكه وعندما مدعينا وعند الشافعي عهدة الشفيع على المشتري

ونحوهما لأن يدهم ليست باصالة فلا يكون خصما قال رحمه الله (ولا يسمع البيعة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشروعه والعهدة على البائع) لأن الشفيع مقصوده أن يستحق المالك والشفيع يقضى القساضي به ماله فيشترط حضور البائع والمشتري للقضاء عليهم مالا لأن أحدهما لا بد أن يخرج مالا فلا بد من اجتماعهما لأن القضاء على الغائب لا يجوز ولأن أخذه من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته قبله يوجب الفسخ لكونه قبل تمامه كما إذا هلك قبل القبض ولا يجوز أن يفسخ عليهم ما لا يحضر منهم إلا أنه قضاء عليهم بما بالفسخ وهو لا يجوز على الغائب بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البائع لأن العقد قد انتهى بالتسليم فصار البائع أجنبيا عنهم ثم وجه هذا الفسخ المذكور هنا أن يجعل فسخا في حق الإضافة إلى المشتري لأن المبيع قد فات بالأخذ قبل القبض وهو يوجب الفسخ فقلنا بأنه انفسخ بالإضافة إلى المشتري وبقي أصل العقد لأن انفساخه يوجب سقوط الشفعة وهي إنما تجب بعقد البيع فيجعل العقد مضافا إلى الشفيع قائما مقام المشتري كأن البائع باعه له وخاطبه بالاجاب ففعل العقد متحولا إلى الشفيع فلم يفسخ أصله وإنما انفسخ إضافته إلى المشتري وتطيره في المحسوسات من رضى سهم إلى شخص فتقدم غيره فأصابه فالرضى بنفسه لم ينتقض والتوجه إلى الأول قد انتقض بتخلل الثاني وتوجه اليد فكذلك هنا تحققت الصفقة إلى الشفيع كأن العقد من الابتداء وقع معه قال رحمه الله (والوكيل بالشراء خصم للشفيع ما لم يسلم إلى الموكل) لأن الخصومة فيهم من حقوق العقد وهي إلى الماقد أصلا كان أو وكلا ولهذا لو كان البائع وكلا كان للشفيع أن يخاصمه ويأخذها منه بحضور المشتري كما إذا كان البائع هو المالك على ما بينا إلا أنه إذا سلمها إلى الموكل لا يملكه ولا ملك له فلا يكون خصما بعده فصار كالبايع فإنه يصير خصما ما لم يسلمها إلى المشتري فاذا سلمها لم تبقى يد ولا ملك له فخرج من أن يكون خصما وهذا ما لا يشترط لأقضاء حضور الموكل لأن الوكيل نائب عنه لأنه أقامه باختياره مقام نفسه فكان حضوره بحضور الموكل ولا كذلك البائع لأنه ليس بنائب عن المشتري فلا بد من حضور المشتري لأقضاء عليه بخروجه عن ملكه والاب ووصيه كالوكيل قال رحمه الله (والشفيع خيار الرؤية

في الوجهين وقال زفر عهده على البائع في الوجهين اه اتقاني مع حذف (قوله في المتن والوكيل بالشراء خصم والعيب الخ) قال الإمام السجستاني في شرح الطحاوي ومن اشترى دار الرجل بأمره وقبضها ثم جاء الشفيع فطلب الشفعة فإنه ينظر إن كان الوكيل لم يسلم الدار إلى الموكل كان للشفيع أن يأخذ الدار منه ويكتب عهده عليه وينقد الثمن إليه ويدفعه الوكيل إلى الموكل وإن كان الوكيل سلم الدار إلى الموكل أخذها منه وينقد الثمن إياه ويكتب العهدة عليه وروى عن أبي يوسف أنه قال لا يأخذ من يد الوكيل لأنه إنما اشتراه الوكيل وهو ليس بخصم فيها ولكن يقال سلم الدار إلى الموكل ثم يأخذها الشفيع منه وفي ظاهر الرواية ما ذكرناه يأخذها من يد الوكيل إذا كانت في يده لأن حقوق العقد راجعة إلى العاقد فيكون في حقوق عهده كالمالك والشفعة من حقوق العقد اه غاية (قوله والاب ووصيه كالوكيل) قال في الهداية وكذا إذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال الاتقاني يعني يكون الوصي هو الخصم للشفيع إذا باع ما يجوز بيعه لأنه العاقد بيان ذلك أن الورثة إذا كانوا كلهم كبارا حضورا ولادين ولا وصية فليس الوصي يبيع شيء من التركة لعدم الولاية على الكبار فإن كان الكبار غيبا فله بيع العروض دون العقار لأن له ولاية الحفظ وإن كان الورثة صغارا فله بيع الكل

(قوله وقبضت الثمن) أي وقال المشتري بالفن اه غابة (قوله ولا شيء له على الغريم) أي مؤاخذه لكل منهما بأقراره تأمل تدر اه (قوله حتى يأخذه بماتق) هذا إذا حط البائع وكمل البائع عن المشتري بعض الثمن صح حطه ويضمن قدره للبائع ولا يكون ذلك حطاً عن الشفيع لان حط الوكيل لا يلحق بأصل العقد اه فتاوى قاضخان وكتب ما نصه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني وان زاد البائع في الثمن زيادة (٢٨٤) بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الاول فلا يصح تفسيرهما في حقه وكذلك

لو باعها المشتري من آخر بثن أكثر من ذلك كان للشفيع أن يأخذها بالثمن الاول من المشتري الآخر ويرجع المشتري الآخر على البائع الثاني بما بقي له لان حق الشفيع يتعلق بالعقد الاول وتسكون العهدة على المشتري الاول لانه أخذ بقضية العقد الاول ومتى انتقض العقد الثاني لم يسلم للمشتري الدار فيرجع بالثمن وقد وصل اليه بعضه من يد الشفيع فيرجع بالبقية على بائعه ان كان قد دفع الثمن اليه ولو أخذه بالبائع الثاني كان له ذلك ولا يكون تسليم البائع الاول وهو يصلح سبباً لاستحقاق الشفعة كالبيع الاول ومتى أخذه بالشراء الثاني من يد المشتري الآخر كانت العهدة عليه ولا يرجع على بائعه شيء لانه وصل اليه تمام حقه وكذلك لو وهبها المشتري وسلمها أو رهنها أو تزوج عليها امرأة كان للشفيع أن يطالب ذلك كله ويأخذها بالشفعة الاولى لان هذه التصرفات تبطل بحسب البيع الاول فكان له حق النقض ليعيدها على ملك

كما قاله البائع فالشفيع يأخذه به وان كان كما قاله المشتري يكون حطاً عن المشتري بدعواه الاقل وحط البعض يظهر في حق الشفيع على ما بينا في البيوع فيما أخذه به ولان علاء المشتري بإيجاب البائع فكان القول قوله في مقدار الثمن مادامت مطالبته باقية فيما أخذ الشفيع بقوله ولو كان ما ادعاه البائع أكثر مما ادعاه المشتري تحالفاً وأيم مانسكل ظهر أن الثمن مائة وله الآخر فيما أخذها الشفيع بذلك لان النكول كالأقرار بما لا يعميه خصمه وان حلفا فسخ القاضي العقد بينهما على ما عرف في كتاب الدعوى يأخذها الشفيع بما يقوله البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع لان حقه ثبت بالبيع فلا يقدر ان على ابطاله بالفسخ ألا ترى أن الدار إذا ردت على البائع بعيب لا يبطل حقه وان كان الرد بقضاء قال رحمه الله (وان قبض أخذها بماتق المشتري) أي لو كان البائع قبض الثمن أخذها الشفيع بماتق المشتري إذا ثبت ذلك بالبيعة أو بيمينه على ما بينا لان البائع باستيفاء الثمن خرج من اليقين والتحقق بالاجانب لانهم حكموا بالعقد فلا يلتفت الى قوله فبقى الاختلاف بين الشفيع والمشتري على طاله وقد بينا أن القول فيه قول المشتري ولو كان قبض الثمن غير طاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالف لانه لما بدأ بالأقرار بالبيع تعلقت الشفعة به لان اقراره بمقدار الثمن صحيح قبل قبض الثمن وبعده لا يصح على ما بينا والثمن غير مقبوض ظاهر لان الاصل عدم القبض فيبقى حتى يوجد ما يبطله وبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد ابطال حق الشفيع لانه اذا قبض الثمن يخرج من اليقين فيكون أجنبياً فلا يقبل اقراره بمقدار الثمن على ما بينا فلا يقبل قوله قبضت في حق الشفيع لانه يريد بذلك أن يجعل نفسه أجنبياً حتى لا يقبل اقراره بمقداره فيرد عليه فيما أخذها المشتري بالف ولو بدأ بقبض الثمن قبل بيان القدر بأن قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو ألف درهم لم يلتفت الى قوله في مقدار الثمن لانه لما أقر بقبض الثمن أولاً خرج به من اليقين فصار أجنبياً فلا يعتبر قوله في مقدار الثمن على ما بينا وقال في النهاية نظيره ما اذا قال الوصي استوفيت جميع ماليت على غريمه فلان وهو ألف درهم وقال الغريم بل كان على ألف درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصي ضامن للألف ولا شيء له على الغريم ولو قال استوفيت منه ألف درهم وهو جميع ماليت عليه فقال فلان كان على ألف درهم وقد أوفيتك الكل فالوصي أن يرجع عليه بالف أخرى لانه لما بين قبض الجميع صار أجنبياً فلا يقبل بيان قدره بعده وما لم يبين أنه قبض الجميع لا يكون أجنبياً فيقبل قوله في بيان قدره فيكون القول لخصمه لانكاره في الاولى دون الثانية قال رحمه الله (وحط البعض يظهر في حق الشفيع لاحط الكل والزيادة) أي حط بعض الثمن يظهر في حق الشفيع حتى يأخذه بماتق ولا يظهر حط الكل في حقه ولا الزيادة على الثمن بعد عقد البيع حتى لا تترس الزيادة ولا يسهط عنه شيء من الثمن فيما أخذه بجميع المسمى عند العقد لان الحط لما التحق بأصل العقد صار الباقي هو الثمن كأنه لم يسم غير ذلك ولا فرق في ذلك بين أن يكون الحط قبل أخذه بالشفعة أو بعده لوجود الاتصاف في الصورتين فيرجع الشفيع على المشتري بالزيادة ان كان أوفاه الثمن ولو حط بعض الثمن بعد تسليمه الشفعة كان له أن يأخذها بالباقي لانه تبين له أن الثمن أقل فلا يصح تسليمه بخلاف حط الكل حيث لا يلتحق بأصل العقد لانه لو التحق لكان عتبه أو بيعاً بلا عتبه وهو فاسد

المشتري ويأخذ الحط الذي له وهذا بخلاف المشتري شراء فاسداً اذا تصرف شيئاً من هذه التصرفات لا يكون للبائع حق فلا القبض وان كان حق الاسترداد بالتسليم لانه فعل مافعل بتسليمه فإز أن لا يكون له حق القبض لتعلق حق الغريم به بخلاف الشفيع راجع لا حطه من هؤلاء على الشفيع شيء من الثمن انما الثمن للمشتري الاول لان التملك وقع عليه ولا يأخذ الدار حتى ينقد الثمن لانه عند تحوّل الشفعة اليه نزل منزلة المشتري والمشتري منزلة البائع فلا يكون بسبيل من أخذه حتى يصل الثمن الى بائعه اه اتقاني

(قوله في المتن أخذها الشفيع بغيره) ويعتبر قيمة ذلك الشيء وقت الشراء لا وقت الأخذ اهـ منافع (قوله يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر) أي يأخذ الشفيع كل واحد منهما مشفوعه بقيمة الآخر اهـ منافع (قوله في المتن ويحال لومؤجلا) وهذا إذا كان الاجل معاوما أما إذا كان مجهولا كالخصاد والدياس ونحو ذلك وقال الشفيع أنا أبجل الثمن وأخذنا لم يكن لذلك لأن الشراء بالاجل على المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد كذا في الذخيرة اهـ غاية (قوله والشافعي) (٢٩٤) أي في القديم اهـ هداية (قوله في المتن

فلا شفعة فيه كما وكذلك الزيادة التي تحقق بأصل العقد وانما لا تظهر في حق الشفيع لانه استحق أخذها
بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك ابطال حقه الثابت له فلا يتغير العقد في حقه كالا يتغير بتجديدهما العقد لما
يطبقه بذلك من الضرر وبلحق به في نفسه لان له ولاية على نفسه دون الشفيع بخلاف بيع المراجعة
والقولية حيث تصح الزيادة في حقه أيضا حتى جاز بناؤه مما علم الا ان ليس فيه ابطال حتى أحسد لان
المشتري لا يستحق عليه أحد بيع المراجعة فيلحق في حقه ما بأصل العقد وفيه خلاف زفر والشافعي
رحمهما الله وقد ينال في البيوع وبيننا الخرج من الجانبين قال رحمه الله (وان اشترى دارا بعرض أو عقار
أخذها الشفيع بغيره وعمله أو سلبا) لان الشفيع يملكها بعمل ما ملكها المشتري به ثم المثل لا يخاو
اما أن يكون مثالا له صورة ومعنى كالسكيل والموزون والعسدي المتقارب أو معنى لا صورة وهو ما عدا
ذلك فيعتبر بذلك المثل كما في ضمان العبد وان فاضل لا يملكها لانه بدل لها ولهذا لو اشترى ما بعقار بأخذ كل واحد
منهم ما بقيه الآخر قال رحمه الله (وبحال لو مؤجلا أو يصبر حتى يرضى الاجل فبأخذها) أي بأخذها
من المشتري بثمن حال اذا كان الثمن مؤجلا أو يصبر حتى يرضى الاجل فبأخذها عند ذلك وليس له أن
يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر والشافعي ومالك رحمهم الله له ذلك لان الشفيع حق الاخذ
بالثمن الذي يملك به المشتري بشفعته والاجل صفة للدين ألا ترى أنه يقال دين مؤجل ودين حال ولنا
أن الاجل يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطا في حق
الشفيع كالتخيير والبراعة من العيوب ورضاه به في حق المشتري لا يدلنا على رضاه به في حق الشفيع
لتفاوت الناس فيه ولا نسلم أنه وصف للدين لان الاجل حق المطاوب والدين حق الطالب ولو كان
وصفا له لاستحققه الطالب ولهذا الوباغ ما اشترى بثمن مؤجل مراجعة أو قولية لا يثبت الاجل من غير
شرط ولو كان صفة له ثبت ثمن أخذها من البائع ثمن حال سقط الثمن عن المشتري لتحويل الصفة الى
الشفيع على ما بينا من قبل ورجع البائع على الشفيع بثمن حال وان أخذها من المشتري رجوع
البائع على المشتري بثمن مؤجل لان الاجل يثبت بالشرط فلا يبطل بأخذه الشفيع بثمن حال كما لا يبطل
ببيع المشتري بثمن حال وان اختار الانتظار كان له ذلك لان له أن لا يلزم الضرر الزائد وقوله أو يصبر
أي عن الاخذ أما الطلب فلا بد منه في الحال حتى لو سكت ولم يطلب بطلت شفعة عند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وبه كان يقول أبو يوسف رحمه الله أولا ثم رجح عنه وقال لا يبطل شفعته بالتأخير الى
حاول الاجل لان الطلب ليس بصفة ولذا نهى بل الاخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة
في طلبه في الحال فلا يكون سكونه دليل الاعراض ولهما أن حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان له أن
يأخذ بثمن حال ولو لا أن حقه ثابت لما كان له الاخذ في الحال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه
يبطل الشفعة قال رحمه الله (وبمثل الحر وقيمة الخنزير ان كان الشفيع ذميا أو بقيتهما مالومسما) أي
لو اشترى ذميا من ذميا عقارا بخرم أو خنزير فان كان شفيعه ذميا أخذ بمثل الحر وقيمة الخنزير لان هذا
البيع يقتضي بيعته فيما بينهم فاذا صح ترتب عليه أحكام البيع ومن جله الأحكام وجوب الشفعة به
فيستحقه ذميا كان الشفيع أو مسلما غير أن الذم لا يتعذر عليه تسليم الحر فأخذه بها لانها من ذوات

(قوله ولو كان شفيعها مسلما ونصيا الخ) قال الاتقاني وإذا اشتراها بمحرم وشفيعها كافر ومسلم فهو مسوؤه في الشفعة لأنهم مسوؤه في عاقبته وبأخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والمكافر نصفها بمثل نصف الخمر لأن الأخذ بالمثل يمكن في حقه فان أسلم قبل أن يأخذها لم تبطل شفعته لأن الإسلام ليس يبطل للحقوق (٢٥٠) ولكن يأخذ بقيمة الخمر كالمسلم الأصلي سواء اه (قوله والمستأمن كالذي)

أى في حق الشفعة اه غاية (قوله والمرتب لا شفعة له) قال الاتقاني وقال أى في الشامل باع المرتد دارا ثم قتل لا شفعة فيها عند أى شفيعه خلافا لهما لأن عند أى حنيفة تصرف المرتد موقوف فاذا اتصل به الموت يحكم بأنه لم يكن صحيحا وعند أبي يوسف هو بمنزلة مريض وعند محمد هو بمنزلة من عليه القصاص تصرفه صحيح فكذا هذا فلو أسلم قبل اللحاق جازييه وللشفيع الشفعة بالاجماع لما عرف وقال أيضا شترى المسلم دارا والمرتب شفيعها فقتل لا شفعة له ولا ورثته لأنه بالقتل تبين أنه في حكم من زال ملكه في وقت البيع ولا ورثته لأن الملك ليس بإبنت لهم حقيقة وقال أيضا شترى المرتد ثم قتل لم تبطل شفعة الشفيع لأن شفعته متعلقة بالخروج من ملك البائع وقد خرج اه اتقاني (قوله والخمر غير مقبوضة) أى والدار غير مقبوضة أو مقبوضة اه غاية (قوله فلا تبطل بانتقاضه) أى ثم يأخذها الشفيع بقيمة الخمران كان مسلما أو كان المأخوذ منه

الامثال والمسلم لا يقدر على ذلك لكونه ممنوعا من عليها وتملكها فيجب عليه قيمتها كما في ضمان العدوان والخنزير من ذوات القيم فيجب عليه ما قيمته ولا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام عينه فوجب أن يحرم على المسلم عليه بخلاف قيمة الخمر على ما عرف في موضعه لأننا نقول انما يحرم عليه ما يملكها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير وما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير يقدر بقيمة بدل الدار فلا يحرم عليه ما يملكها بدل يملكها بأن أسلم المشتري قبل أخذ الشفيع الدار بالشفعة فان الشفيع يأخذها بقيمة الخنزير ولو كان شفيعها مسلما ونصيا أخذ كل واحد منهما النصف عما ذكرنا من قيمة الخمر أو مثلهما اعتبارا ببعض الكل ولو أسلم الذي صار حقه كحكم المسلم من الابتداء فمأخذها بقيمة الخمر والخنزير كما اذا كان الثمن مثليا فاقطع قبل الأخذ بالشفعة فانه يأخذها بقيمة التذرع كذا هذا والمستأمن كالذي في جميع ما ذكرنا من الأحكام لالتزامه أحكاما مدة مقامه في دارنا فصار كالذي في تلك المدة ولا فرق بين أن يكون المشتري دارا أو بيعة أو كنيسة فان الشفيع يأخذها بالشفعة لأن ملك الذي فيها ثابت اذا كان يعتقده أن ملكه لا يزول بجعله بيعة أو كنيسة وان كان يعتقده أنه يزول فكذا ذلك أيضا لانه باقدا على بيعها صار معتقدا جواز بيعها والذي اذا دان بدنيا ينفذ تصرفه على مقتضى ديننا وان كان في دينهم لا يجوز وهذا اذا ترفعوا والينا فحكم بينهم باحكامنا والمرتب لا شفعة له وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع الى ذي أسلم أو فاسق تاب ولو أسلم أحد المتعاقدين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لأن الإسلام يمنع قبضها ولكن لا تبطل الشفعة لأنها وجبت بالبيع فلا تبطل بانتقاضه كما اذا شترى دارا بعبد فملك العبد قبل القبض فان البيع ينتقض به لا كونه ولكن لا تبطل الشفعة فمأخذها الشفيع بقيمة العبد قال رحمه الله (وبالثلث وقيمة البناء والغرس لو بنى المشتري أو غرس أو كاف المشتري قطعهما) أى اذا بنى المشتري أو غرس في الأرض المشفوعة ثم قضى للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بالثلث وقيمة البناء والغرس مقاوعا وان شاء كاف المشتري قطعهما فمأخذها الأرض فارغة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يكلفه بالقلع ولكنه بالخيار ان شاء أخذها بالثلث وقيمة البناء والغرس وان شاء تركه وبه قال مالك والشافعي رحمه الله لانه ليس يعتقده في البناء والغرس شيئا من ملكه فيسهل الشراء فلا يعامل باحكام العدوان فصار كالوهاب له والمشتري شراء فاسدا وكذا اذا زرعهما المشتري فان كل واحد منهما لا يكلف القلع لتصرفه في ملكه فكذا المشتري في المشفوعة ولهذا لا يكلف قلع الزرع وهذا لان ضرر الشفيع بالزام قيمة البناء والغرس أهون من ضرر المشتري بالقلع لان الشفيع يحصل له بمقابل القيمة عوض وهو البناء والغرس فلا يضره راولم يحصل للمشتري بمقابل القلع شيء فكان الاول أهون فكان أولى بالتحمل ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينتقض كالراهن اذا بنى في المرهون وانما قلنا ذلك لان حق الشفيع أقوى من حق المشتري ولهذا انتقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة بخلاف بناء الوهاب له على قول أبي حنيفة رحمه الله والمشتري شراء فاسدا لانه بتسليط منه ولا تسليط من الشفيع هنا ولان حق الاسترداد للواهب والبائع ضعيف ولهذا لا ينتقض تصرفه ما فلا يبقى بعد البناء وحق الشفيع قوى فيبقى به سده كما يقطع المستحق بناء المغرور وغرسه وله أن يأخذ به قيمته مقاوعا كالمستحق ولا مساواة بين الحقين حتى يرج زيادة الضرر لان الترجيح انما يصار اليه

مسلم اه غاية (قوله حتى الوقف الخ) سيأتى أيضا في كلام الشارح عند قوله في باب ما تبطل به الشفعة وبموت الشفيع اه (قوله والمسجد الخ) قال الاتقاني نقلا عن شرح الطحاوى ولو جعلها المشتري مسجدا أو مقبرة تدفن فيها الموتى أو رباطا ثم جاء الشفيع كان له أخذها وبطل كل ما صنع المشتري فيها اه

(قوله وفي الزرع القياس أن يقطع) قال الاتقاني ولو أن المشتري زرع في الأرض ثم حضر الشفيع فان المشتري لا يجبر على قلعه بالاجماع
ولا يمكنه ينظر الى وقت الادراك ثم يقضى للشفيع اه (قوله في الثمن وان فعلهما الشفيع فاستحققت الخ) قال في الهداية ولو أخذها الشفيع
فبني فيها أو غرس ثم استحققت رجوع بالثمن لانه تبين انه أخذها بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء (٣٥١) والغرس لا على البائع ان أخذ منه

ولا على المشتري ان أخذها
منه وعن أبي يوسف انه
يرجع لانه ممتلك عليه فترلا
منزلة البائع والمشتري والفرق
على ما هو المشهور أن المشتري
مغفور من جهة البائع ومسايط
عليه ولا غرور ولا تسليط
في حق الشفيع من المشتري
لانه مجبور عليه اه قال
الاتقاني قال الكرخي في
مختصره واذا اشترى الرجل
دارا فأخذها الشفيع
بالشفعة فبناها ثم استحققت
الدار فان المستحق يأخذ
الدار ويقال للشفيع اهدم
بناءك ولا يرجع على المشتري
بقيمة البناء ان كان أخذ
الدار من يده لانه ليس بغرور
وهو أدخل نفسه في الاخذ
بالشفعة وأجبر من كانت
في يده على تسليم ذلك اليه
وهذه الرواية المشهورة وهي
رواية محمد في الاصول ولم
يحك عن أحد من أصحابنا
خلافه وروى بشر بن الوليد
عن أبي يوسف قال سمعت
أبا يوسف سئل عن رجل
اشترى دارا وأخذها رجل
بالشفعة فاستحققت الدار
من يده وقد بنى فيها على من
يرجع بقيمة البناء قال على
الذي قبض الثمن وكذلك
روى الحسن بن زياد عن

عند التساوي وربما لا يوافق نفسه فيحتاج الى قلعه فيلحقه ضرر زائد وفي الزرع القياس أن يقطع الا أنا
استحسننا وقتنا لا يقطع لان له ثم اية معلومة كيلا يتضرر المشتري بالقطع من غير عوض وليس على الشفيع
كثير ضرر بالتأخير لانه يترك باجر قال رحمه الله (وان فعلهما الشفيع فاستحققت رجوع بالثمن فقط)
معناه أن الشفيع لو أخذ الأرض بالشفعة فبني فيها أو غرس ثم استحققت فكاف المستحق الشفيع بالقطع
فقطع البناء والغرس رجوع الشفيع على المشتري بالثمن لانه تبين أن المشتري أخذ الثمن من الشفيع بغير
حق لان الأرض لم تكن في ملكه فيسترد منه الثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان كان
أخذها منه ولا على المشتري ان أخذها منه معناه لا يرجع بما نقص بالقطع وعن أبي يوسف رحمه الله
انه يرجع به لانه ممتلك عليه فكان كالمشتري ووجه الظاهر وهو الفرق بين المشتري أن المشتري
مغفور من جهة البائع ومسايط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري لان
الشفيع أخذها منه جبرا ونظيره الجارية المأسورة اذا أخذها المالك القديم من مالكها الجديد بقيمة
أو بالثمن فاستولدها ثم استحققت من يده ضمن قيمة الولد رجوع عليه بما دفع اليه من القيمة أو الثمن ولا
يرجع بقيمة الولد لانه لم يغيره بخلاف ما لو كان مشتريا حيث يرجع به ما على البائع لانه مغفور من جهته
قال رحمه الله (وبكل الثمن ان خربت الدار أو جف الشجر) ومعناه لو اشترى أرضا فبني بناء أو غرس فأنه دم
البناء من غير صنع أحدياً أخذها الشفيع بكل الثمن ولا يسقط من الثمن شيء لانها ما تباع بالارض حتى
يدخلان في البيع من غير ذلك فلا يقابلها شيء من الثمن ولهذا يبيعها في هذه الصورة من جهة من غير
بيان بخلاف ما اذا تلف بعض الأرض بغير حيث يسقط من الثمن بحصته لان الغائب بعض الأصل
هذا اذا انهدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجر شيء من حطب أو خشب وأما اذا بقي شيء من ذلك
وأخذ المشتري لانفسه من الأرض حيث لم يكن تبعا للأرض فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك
لانه عين مال قائم بقي محبسا عند المشتري فيكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد
وعلى قيمة النقض يوم الاخذ قال رحمه الله (وبحصة العرصة ان نقض المشتري البناء) أي يأخذ الشفيع
العرصة بحصتها من الثمن ان نقض المشتري البناء لانه صار مقصودا بالالتفاف والتبعية اذا صار مقصودا به
يقابل شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك فيه بأفة سماوية فاذا كان له حصة من الثمن يقسم الثمن على
قيمة الأرض والبناء يوم العقد عليها بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا انهدم بنفسه وكان النقض باقيا حيث
يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخذ بالشفعة لانه صار له قيمة بالحبس ونقض الاجنبي البناء كنقض المشتري
قال رحمه الله (والنقض له) أي النقض للمشتري لان الشفيع انما كان يأخذ بطريق التبعية للعرصة
وقد زالت بالانفصال قال رحمه الله (وبشرها ان ابتاع أرضا ونخل أو غرا أو غمر في يده) أي يأخذها
الشفيع مع غيرها ان كان المشتري اشترى الأرض مع غيرها بان شرطه في البيع أو أتمر عند المشتري
بعد الشراء لان الثمر لا يدخل في البيع الا بالشرط لانه ليس ببيع بخلاف النخل والقياس أن لا يكون
له أخذ الثمر اهدم التبعية كالمنازع الموضوع فيها ووجه الاستحسان أنه بالاتصال خلاقه صار تبعاعا من
وجه ولانه مملوك من المبيع فيسرى اليه الحق الثابت في الأصل الحادث قبل الاخذ كالبيعة اذا ولدت
قبل القبض فان المشتري علق الولد تسعيا للام كذا هذا قال رحمه الله (وان جدد المشتري سقط حصته من
الثمن) أي في الفصل الاول وهو ما اذا اشتراها بثمرها بالشرط فكان له فيسقط من الثمن بحصته وان هلك

أبي يوسف أن الشفيع يرجع على المشتري بقيمة البناء الى هنا لفظ الكرخي (قوله حيث يسقط من الثمن بحصته) أي لان الأرض ليس
بعضها يتبع بعض فاذا لم يسلم للشفيع سقطت حصتها بكل حال والبناء يتبع للأرض فاذا سلم للمشتري سقطت حصته وان لم يسلم له لم يسقط
اه اتقاني **فرع** قال الشيخ الامام أبو الحسن الكرخي في مختصره مرد قال بشر بن الوليد وعلي بن الجعد معناه أبا يوسف قال في رجل

اشترى دارا فهدم بناءه فباعه ثم جاء شفعيها فانه يقسم الثمن على قيمة البناء مبني او على قيمة الارض فاصاب الارض ياخذها الشفعي بذلك هكذا قال ابو حنيفة وكذلك لو زرع بايا من الدار فباعه ولو احترق البناء حتى ذهب أو غرق من غير فعله حتى ذهب فلم يبق منه شيء فان ابا حنيفة قال في ذلك ياخذ الشفعي بجميع الثمن أو يترك فان هدم البناء فكان على الارض مهد وما كان الثمن يقسم على قيمة البناء مهد وما على قيمة الارض فيأخذ الشفعي الارض عاصبا ولا يسبيل له على البناء اذا راي الارض الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قال القدوري في شرحه أما وجوب الشفعة في البناء المتصل فلانه في حكم الجزء من العرصه بدلالة دخوله في العقد من غير تسمية وأما اذا هدمه فلا شفعة فيه عندنا ومن اصحاب الشافعي (٢٥٤) من قال يأخذ مع الدار وهذا فاسد لانه منفصل عما تعلق به الشفعة فلم يكن

للشفعة أخذ كالمهر وأما اذا هدمه المشتري أو هدمه أجنبي أو انهدم بنفسه ولم يهلك فان الشفعي يأخذ الارض بحصته فان احترق بغير فعل أحد أخذها الشفعي بكل الثمن والشافعي قولان أحدهما يأخذها بجميع الثمن والاخر انه يأخذها بالحصه في الجميع أما اذا احترق البناء فلان حق الشفعي مع المشتري كحق المشتري مع البائع ومعلوم أن البناء اذا احترق في يد البائع كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ بجميع الثمن أو ترك فكذلك هذا ولا يفتقر دخول في البيع بغير فعل أحد فيفسد كالأروهي البناء أو تشتق الحائط وأما اذا هدم المشتري فالاتباع لاحصه لها بالعقد ولها حصه بالقبض ولهذا لو هدم البائع البناء سقطت حصته عن المشتري فكذلك اذا هدمه أجنبي لان العوض يسلم للمشتري فكانه باعه

بألفه سمي او به فيمكن ذلك لانه اذا دخل بالتسمية صار أصلا فيسقط بحصته من الثمن بقواته وأما في الفصل الثاني فيأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ في المبيع الاتبع فلا يقابل شيء من الثمن وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أو لا يحيط عنه من الثمن في الفصل الثاني أيضا لان حال المشتري مع الشفعي كحال البائع مع المشتري قبل قبض المبيع ولو أكل البائع الثمر الحادث بعد العقد سقط حصته من الثمن فكذلك هنا ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب من أنه لا يسقط شيء من الثمن لان الشفعي يأخذ بما قام على المشتري وهو قام عليه المبيع بدون الثمر بجميع الثمن فيأخذ به وهذا لان الحادث من الثمر بعد القبض لاحصه له من الثمن بخلاف ما اذا كانت موجودة عند العقد لانها تدخل قصدا على ما بينا وبخلاف الحادث قبل القبض عند البائع لانها حدثت على ملك المشتري ويكون لها حصه من الثمن اذا صارت مقصودة بورد القبض عليها أو بالاستهلاك وليس للشفيع أن يأخذ الثمر بعد الحادث في الفصلين لزوال التبعية بالانفصال قبل الاخذ والله أعلم بالصواب

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال رحمه الله (انما يجب الشفعة في عقار ملك بعوض هو مال) قوله في عقار يتناول ما يقسم وما لا يقسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجب فيما لا يقسم كالبر والحا والحمام والنهر والطريق وهذا مبني على أن الشفعة يجب لدفع أجرة القسام عنده وعندنا لدفع ضرر سوء العشرة على الدوام فبني كل على قاعدته والنصوص تشهد بانها لا تملك لمطابقة فتتناول ما يقسم وما لا يقسم واحترز بقوله بعوض عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا يجب فيها وبقوله هو مال عما اذا ملك بعوض هو غير مال كالنهر والخلع والصلح عن دم الجود والعق وحوادث فان الشفعة لا يجب في هذه الاشياء على ما بينه من قريب قال رحمه الله (لا في عرض وفلك) أي لا يجب الشفعة في عرض وسفينه وقال مالك رحمه الله يجب في السفينة لانها تسكن كالعقار ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال لا شفعة الا في دار ربيع أو حائط ولان الاخذ بالشفعة ثبت بالنص على خلاف القياس في العقار فلا يجوز اسحاق المنقول به لانه ليس في معنى العقار وهذا لان الشفعة انما شرعت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام وما ينقل ويحول لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه كما يدوم في العقار لان المنقول يشتري للمبيع عادة ولمصلحة المعاش ثم يخرج عنه عن ملكه اذا قضى وطره ولا كذلك العقار قال رحمه الله (وبناء ونخل بيعا بلا عرصه) لانهم امنة ولان فلا يجب فيها ما اذا بيعا بلا أرض وان بيعا مع الأرض يجب فيها الشفعة تبعلا للأرض بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة

وكذلك اذا انهدم بنفسه ولم يملك لان الشفعة سقطت عنه وهو عين قائمة فلا يجوز أن يسلم للمشتري بغير شيء الا أنه قال في ويستحق المشتري اذا عده أو هدمه أجنبي ان الثمن يقسم على قيمته قائما لانه يدخل في ضمان المشتري بالاتفاق وهو على هذه الصفة فاما اذا انهدم بنفسه فلم يدخل في ضمان أحدهما فاعتبر قيمته على حاله مهدوما اه اتقاني (قوله وأما في الفصل الثاني) أي وهو ما اذا أضر فيده اه

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

(قوله بخلاف العلو) أي عدم وجوب الشفعة في البناء بخلاف العلو فان الشفعة يجب فيه قال الكرخي في مختصره وان بيع سفل عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو ما يربط فيه الشفعة ببعضها أو كل واحد منهما على انفراد وقال أبو يوسف ان وجوب الشفعة في

السفل والعلو استحسان روي ذلك عنه ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري في شرحه أما اذا بيع جميعا فلا شفعة فيه لانه باع العرضة بوجه ووقعها فتعلق الشفعة بجميع ذلك وأما اذا باع السفلى دون العلو فله عليه المصلحة والسلام لا شفعة الا في ربيع ولان التأذي يخاف فيها على وجه الدوام وأما العلو فلا نه حق متعلق بالشفعة على التأيد وهو كنفس البتعة والذي قاله أبو يوسف من الاستحسان انما هو العلو اذا كان القياس أن لا تجب فيه الشفعة لانه لا يبقى على وجه الدوام وانما استحسنوا لان حق الوضع متأبد فهو كالعرضة اه اتقاني وكتب ما نصه قال الكرخي في مختصره (٣٥٣) ولو أن رجلا باع علو في دار ووطر بقة

في دار أخرى الى جنبها فباع
صاحب العلو عاوه فأصحاب
الدار الذي فيه الطريق أولي
بالشفعة الى هنا لفظ الكرخي
وذلك أنهم شركاء في الطريق
وصاحب الدار التي فيه العلو
جار والشريك في الطريق
أولى من الجار ولو ترك صاحب
الطريق الشفعة ولاه الجار
ملاصق أخذه بالشفعة مع
صاحب السفلى لان كل
واحد منهما جارا للآخر
والتساوي في الجوار يجب
التساوي في الشفعة كذا
ذكر القدوري اه اتقاني
(قوله ولو تزوجها بغير مهر
الخ) قال في شرح الكافي
وكذلك لو تزوج امرأة بغير
مهر ثم فرض لها دارا مهر
أو صاها على أن جعلها لها
مهر أو أعطها إياها مهر
لم يكن فيها شفعة لانه في هذه
الوجوه كلها تكون الدار
عوضا اذا صلح والعوض
يكون تقدير المهر المثل اه
اتقاني (قوله ألا ترى أن
المضارب اذا باع دارا) أي
من المضاربة ورب المال
شفعها اه اتقاني وكتب

ويستحق به السفلى على أنه جوارره وذلك اذا لم يكن طريقه طريق السفلى وان كان طريقه جوارره واحدا
يستحق بالطريق الشفعة على أنه خليط في الحقوق وهو الطريق لان حق التعلل يبقى على الدوام وهو غير
منقول فتستحق به الشفعة كالعقار ولا كذلك البناء والنخل فلا تستحق بهما الشفعة قال رحمه
الله (ودار جعلت مهرا أو أجرة أو بدل خلع أو بدل صلح عن دم عمد أو عوض عتق أو وهبت بلا عوض
مشروط) لان الشرع لم يشرع التملك بالشفعة الا بما تملك به المشتري صورة ومعنى أو معنى بلا صورة
ولا يمكن ذلك اذا تملك العقار بهذه الاشياء لانها ليست بأموال ولا مثل لها حتى يأخذ هذه الشفعة بعينها
فلا يمكن صراحة شرط الشرع فيه وهو التملك بما تملك به المشتري فلم يكن مشروعا وعند الشافعي
رحمه الله تجب فيها الشفعة لان هذه الاعراض متقومة عنده فيؤخذ بقيمة ما عند تعذر الاخذ بعينها
كافي البيع بعوض ألا ترى أنها مضمونة بها شرعا والضمن يكون بالقيمة فهذا يدل على أنه جعله قيمة
لها بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الاخذ بعوض اذ هو غير مشروع وقوله يتأني فيما اذا وقعت هذه
الاشياء في جزء شائع من العقار من أحد الشريكين لانه لا شفعة عنده الا للشركاء ولنا أن المستحق
به هذه العقود ليست بمال ولا هي مثل المال لا صورة ولا معنى فلم يصلح المال قيمة لها لان قيمة الشيء ما يقوم
مقامه لا اتحادهما في المقصود ولا اتحادهما في المقصود بين المال وبين هذه الاشياء فلا تكون قيمة لها غير أن
الشارع جعلها مضمونة بالمال إما لخطرها أو للضرورة فلا تعدى موضعها لان ما ثبت للضرورة يقتصر
عليها ولا ضرورة في حق ثبوت الشفعة فلا تكون متقومة في حقه فيكون المأخوذ بعقارها بمثابة الموهوب
بلا عوض ولان الشفعة يتلك بما تملك به المشتري من السبب لا بسبب آخر وهذا لو أخذته كان يأخذ
بسبب آخر غير الاول لان الاول نكاح أو أجرة أو غير ذلك وليس بيع أصلا ولو أخذته لمكان بيعا وفيه
انشاء تصرف غير الاول والاخذ بالشفعة لم يشرع الا بالسبب الاول ولهذا تحول الصفة اليه قبل
القبض وفي هذه العقود لا يمكن ذلك فلا تكون الشفعة فيها مشروعة لانه ليس بمورد النص ولا هو في
معناه فيمنع الاحتياق ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقارا مهر الم تكن فيها الشفعة لانه تعين مهر
المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها العقار بعهر مثلها أو بالمسمى عند العقد أو بهسده حيث ثبت
فيها الشفعة لانه مبادلة مال بمال لان ما أعطها من العقار بدل عما في ذمتها من المهر ولو تزوجها على
دار على أن ترد عليه ألف درهم فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا تجب في
حصة الألف لانه مبادلة مالية في حقه وهو بقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعدم بلفظ النكاح ولا
يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الأصل فكذا في التبضع ولان الشفعة شرعت في المبادلة
المالية المقصودة دون التبضع ألا ترى أن المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في
حصة الربح لانه تابع فيه قال رحمه الله (أو بيعت بخيار البائع) لان خياره يمنع خروج البيع عن
ملكه وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة لان شرط وجوبه أن يخرج عن ملكه فان أسقط الخيار

مانعه ولو باع المضارب دارا من غير المضاربة كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بدار له من المضاربة وتكون له خاصة لانه جارا بدار المضاربة
ولو باع رب المال دارا له خاصة والمضارب شفعها بدار المضاربة فان كان فيها ربح فله أن يأخذها لنفسه لانه جارب بقدر نصيبه وان لم يكن
فيها ربح لم يأخذها لانه ليس بجار اه غاية (قوله لانه تابع) وليس في مقابل رأس المال شفعة لان المضارب وكيل رب المال في البيع
وكل من يبيع له لا تجب له الشفعة فكذا لا تجب في التبضع اه (قوله فيه) أي في رأس المال اه (قوله في المثل أو بيعت بخيار البائع)
انظر في كلام الشارح فيما سيأتي في قولنا أو ضمن الدرك عن البائع اه

(قوله وجبت الشفعة) قال الاتقاني وأما الخيار المشروط للمشتري فلا يمنع من ثبوت الشفعة لأن المبيع خرج من ملك البائع بالاتفاق وإنما اختلف أصحابنا هل يدخل في ملك المشتري أو لم يدخل والشفعة إنما تجب برغبة البائع عن ملكه بدلالة أنه لو ادعى أنه باع داره من زيد فبعد زيد وجبت الشفعة لأجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وإن لم يحكم بدخوله في ملك المشتري اهـ وكتب مانصه قال الاتقاني وأما خيار الرؤية والعيب فلا يمنع الشفعة لأنه لا يمنع من خروج المبيع من ملك البائع وهذا المعنى هو سبب الشفعة كذا ذكر القدوري في شرحه المختصر الكرخي (٣٥٤) وقال الامام الاسيحاوي في شرح الطحاوي ولو كان المبيع بشرط الخيار لهما جميعا

وجبت الشفعة فيه لو جرد السبب وزوال المانع ثم في الأصح يشترط الاثبات عند سقوط الخيار لأن المبيع إنما صار سببا لافادة الحكم في ذلك الوقت وجوب الشفعة يمتد على انقطاع حق المالك بالمبيع وهو ينقطع به عنده وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة أما عندهما فظاهر لأن المشتري عليه ما وأما عنده فخروجه عن ملك البائع وجوب الشفعة يمتد عليه ألا ترى أن البائع إذا أقر بالمبيع وأنكر المشتري تجب الشفعة ثم إن أخذها الشفيع في الثلاث لزم المبيع لمجوز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأن خيار الشرط لا يثبت إلا بالشرط واسمه يمتد عليه والشرط كان للمشتري دون الشفيع وإذا بيعت دار بينهما والخيار لأحدهما كان له الأخذ بالشفعة لأن البائع لم يخرج المبيع عن ملكه إن كان الخيار له فله أن يأخذها بالشفعة ويسقط خياره وينسخ المبيع لأن الأخذ بالشفعة نقض منه المبيع لأنه أراد بذلك الأسقية فلا تجب الشفعة إلا لدفع ضرره على الدوام وكذلك المشتري عندهما إن كان الخيار له لأن المبيع دخل في ملكه عندهما لأنه يصير بالأخذ مختارا للمبيع فيصير إجازة فيما لم يملك به المبيع ولأنه صار أحق بالمبيع من غيره وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة كما أذن له والمالك إذا بيعت دار بينهما دارهما وكذا إذا اشترى دار أو لم يرها فبيعت دار بينهما قبل أن يرى الأولى كان له أن يأخذها بالشفعة لأن ملكه في التي يشفع بها ثابت فيستحق به الشفعة كما يستحق فيما إذا اشترى مع خيار الشرط أو باع لكنه هنا إذا أخذ المشفوعة لا يسقط خياره لأن خيار الرؤية لا يبطل بصرح الإبطال فبدلته أولى ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى وهي التي اشتراها المشتري كان له أن يأخذها بالشفعة لأنه هو أولى به من المشتري لما عرف أن الشفيع أولى من المشتري وليس له أن يأخذ الثانية وهي التي أخذها المشتري بالشفعة إذا لم تكن متصلة بملكه لانعدام سبب الشفعة في حقها واتصالها بالمشفوعة لا يفيد لعدم ملكه فيها وقت بيع الأخرى وإن كانت متصلة بملكه كان له أن يشارك فيها بالشفعة لو جرد السبب وهذا لا يختص بالشراء بخيار شرط أو رؤية بل كل من اشترى دار أو بيعت دار بينهما كان له أن يأخذها بالشفعة ثم إذا جاء شفيع الأولى بعدما أخذ المشتري الثانية بالشفعة كان لهذا الذي جاء أن يأخذ الأولى بالشفعة وليس له أن يأخذ الثانية بالشفعة إلا إذا كانت متصلة بملكه على ما بينا قال رحمه الله (أو بيعت فاسدا ما لم يسقط حق الفسخ بالبناء) أي لا شفعة في دار بيعت بفساد حتى يسقط حق الفسخ بشيء يسقطه كالبناء لأن البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد المالك للمشتري فيكون ملك البائع باقيا على حاله فلا يثبت للشفيع فيه حق مع بقاء ملكه وبعد القبض وإن كان يفيد ملكا لكن حق البائع باق فيها ألا ترى أنه واجب الرفع لدفع الفساد ولهذا يحرم على المشتري التصرف فيها وفي إثبات الحق له تقريره فلا يجوز لأنه لو جاز لتحول ذلك الفساد بعينه إلى الشفيع بخلاف الدار المشتراة بخيار الشرط للمشتري حيث يأخذها الشفيع لخروجه عن ملك البائع ولم يتعلق له فيها حق ولهذا جاز للمشتري التصرف فيها بخلاف المشتري في البيع الفاسد ثم إذا سقط حق الفسخ زال المانع من وجوب الشفعة

فإن شفعة فيها لأجل خيار البائع ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له فيها لأنه لا شرط الخيار للشفيع صار كأنه شرط الخيار لنفسه فإن أجاز الشفيع المبيع جاز وبطلت شفيعته لأن المبيع من جهة الشفيع قد تم وصار كأنه باع وإن فسخ فلا شفعة له أيضا لأن ملك البائع لم يزل ولكن الخيلة له في ذلك أن لا يجوز ولا يفسخ حتى يجيز البائع المبيع أو يجوز بعضي المدة حينئذ لا شفعة وكذلك لو باع داره على أن يضمن له الشفيع الثمن عن المشتري والشفيع حاضر فضمن جاز البيع ولا شفعة له لأن البيع من جهة الشفيع قد تم ولا شفعة له وكذلك لو اشترى المشتري الدار على أن يضمن له الشفيع الدرل عن البائع والشفيع حاضر فضمن جاز البيع ولا شفعة له لأن المالك قد تم تضمينه فلا شفعة لأنه نزل منزلة البائع ولو أن المشتري اشترى دارا وشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام

كان للشفيع الشفعة لأن اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشتري وذلك لا يمنع وجوب الشفعة اهـ (قوله ثم إن أخذها فوجب) أي في الثلاث (قوله لا يبطل بصرح الإبطال) يعني لو قال أبطلت خيار الرؤية لا يبطل قبل وجود الرؤية لأن ثبوته موقوف على وجود الرؤية اهـ (قوله إذا لم تكن متصلة بملكه) أي ملك له آخر غير هذه الدار التي أخذها بالشفعة اهـ (قوله وفي إثبات الحق له) أي للشفيع اهـ (قوله ثم إذا سقط حق الفسخ الخ) قال الكرخي فإن سقط حق البائع في النقض كان للشفيع أن يأخذ ما ملك بقيته يوم القبض وذلك لأن البيع الفاسد عند نأي المبيع فيه

بالقبض وانما تجب الشفعة اثبتت حق الفسخ فاذا سقط الفسخ لمالاتصال المبيع بزيادة أو لزوال ملك المشتري فقد زال المعنى المانع من وجوب الشفعة فوجب الشفعة كالمبيع المشروط فيه الخيار للبائع اذا سقط خياره وانما وجبت الشفعة بالقيمة لان المبيع الفاسد لا يجب فيه المسمى وانما يملك بالقيمة والشفعة تجب بمثل العوض الذي لزم المشتري اه اتقاني (قوله لان شرط وجوب الشفعة الخ) قال الاتقاني رحمه الله تعالى عن شرح الكافي لشيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي رحمه الله واذا اشترى دارا فاسدا فقبضها وبناها فان للبائع قيمتها فاذا جاء الشفيع اخذها بالشفعة في قياس قول أبي حنيفة ويهدم المشتري بناءه وقال أبو يوسف ومحمد يرد الدار على البائع ويهدم المشتري بناءه ولا شفعة فيها أصل المسئلة أن المشتري شراء فاسدا اذا بنى في الدار بناء ينقطع حق الاسترداد عند أبي حنيفة ومثي انقطع لزم المبيع فيظهر للشفيع الشفعة لان المانع من ثبوت حق الشفعة قيام حق الاسترداد للبائع وقد بطل وعندهما لا ينقطع حق الاسترداد فلا يثبت الشفيع حق الشفعة فيكون للشفيع أن يأمر المشتري بهدم (٣٥٥) البناء لانه لو بناء في المبيع الصحيح يكون له حق النقص فاذا بناء في

المبيع الفاسد أولى اه (قوله نقض) أي الشفيع اه (قوله قبل القبض) أي قبل أن يقبض المشتري اه (قوله وان سلمها الى المشتري) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي رحمه الله في شرح الكافي فان كان المشتري قد قبضها فبيعت دار بجنبها فالمشتري أن يأخذها بالشفعة لانه قد ملك الدار بالقبض فصار جارا عند وقوع البيع فاذا قضى القاضي له بالشفعة ثم ردت الدار فسادا لم يملك الشفعة لان القضاء قد صح فلا يبطل بزوال الملك في داره لان بقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق وان لم يأخذها حتى ردت الدار بطلت شفعتها لان قيام

فوجب وهو المراد بقوله ما لم يسقط حق الفسخ بالبناء أي بناء المشتري فيها لان حق البائع ينقطع به عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا ينقطع به فلا تجب فيها الشفعة وتخصيصه بالبناء لفائدة فيه لان شرط وجوب الشفعة أن ينقطع حق البائع ولا يختص ذلك بالبناء بل ينقطع حق البائع باخراج المشتري المبيع بالمبيع أو غيره على ما عرف في المبيع الفاسد فان أخرجه عن ملكه بالمبيع كان للشفيع أن يأخذها بأي البعيرين شاء لا تقطع حق البائع فان أخذها بالمبيع الثاني أخذها بالثمن لان البيع الثاني صحيح والواجب فيه الثمن فيأخذها به وان أخذها بالمبيع الاول أخذها بقيمتها لان الواجب فيه القيمة ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثاني لياخذها الشفيع لان البيع الثاني كان صحيحا فمفيدا للمالك وانما فسخ الحق الشفيع ولو عاد حق البائع لبطل حق الشفيع ومن المحال أن يبطل حقه بالفسخ لاجله لان ما يكون من مقتضيات حق شخص لا يثبت على وجه يبطل حقه وكذا ان أخرجه عن ملكه بغير البيع كالهبة أو جعله مهورا أو غير ذلك نقض تصرفه وأخذها بقيمتها لما ذكرنا وان بيعت دار بجنبها قبل القبض فللبائع الشفعة في المبيعة لبقاء ملكه فيها وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ولا يؤدي أخذها الى تقرير الفساد لان الفسخ يمكن بعد الأخذ بالشفعة والفساد في المأخوذة بخلاف المشتراة فسادا لان أخذها بالشفعة يؤدي الى تقرير الفساد على ما بينا ثم ان سلم البائع المبيع الى المشتري قبل الأخذ بالشفعة بطلت شفעתه كما اذا باعها قبل الأخذ بالشفعة وان سلمها بعد الحكم له بها لا تبطل لان ملكه في المشفوعة قد تقرير بالحكم فلا يبطل باخراج الأولى عن ملكه وانما يستحق المشتري الدار المبيعة بجنبها بالشفعة اذا كان بيعها بعد قبضه لاقبله لان الشفعة انما تستحق بالملك ولا ملك له قبله وان بيعت بعد القبض فاستردتها البائع منه قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفעתه لخروجها عن ملكه قبل الأخذ فصار كما اذا باعها قبله وان استردتها بعد الحكم له بها بقيت على ملكه لما ذكرنا قال رحمه الله (أو قسمت بين الشركاء) أي لو قسمت الدارين الشركاء لا تجب الشفعة لخارصهم بالقسمة بينهم لان القسمة فيهم معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من كل وجه قال رحمه الله (أو سلمت شفعتها ثم ردت بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء) أي اذا سلم الشفيع الشفعة ثم ردت الى البائع بخيار رؤية

الجوار عند القضاء بالاستحقاق شرط ولم يوجد ولا شفعة للبائع أيضا في ان جواره حدث بعد البيع اه اتقاني (قوله لما ذكرنا) أي وهو أن بقاء ملكه في التي يشفع به بعد الحكم ليس بشرط كذا في الهداية وأما ما ذكره الشارح فهو قوله لان ملكه في المشفوعة قد تقرير بالحكم الخ اه من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله لان القسمة فيهم معنى الافراز) أي وهو تمييز الحقوق وتعديل الانصاء اه اتقاني (قوله ولهذا يجري فيها الجبر) أي وفيهم معنى المبادلة أيضا اه اتقاني (قوله ثم ردت الى البائع بخيار رؤية) لم تجدد شفعة الشفيع لان هذا فسخ يثبت شاء البائع أو أي فلا يثبت له شبهة بالعقد بخلاف الاقالة اه اتقاني وكتب ما نصه قال أبو الحسن الكرخي اذا اشترى رجل من رجل دارا سلم الشفيع الشفعة ثم ردت المشتري الدار بخيار رؤية أو بخيار شرط قبل قبض الدار أو بعد ذلك فأراد الشفيع أن يأخذ الدار بالرد بالشفعة فليس له ذلك وان ردتها بعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء أخذها بهم الرد وان كان بقضاء فلا شفعة له في الرد ووجه هذا ما ذكره القدروري في شرحه أن الشفيع اذا سلم الشفعة ثم عاد المبيع الى البائع على حكم الملك الاول فلا شفعة له بالعود لانه أسقط شفעתه عن ذلك ولا يعود الا بسبب آخر وكل موضع عاد الى البائع بحكم ملك مبتدأ كان للشفيع الشفعة كما لو اشتراها

والرد بجختيار الرؤية والشروط بوجوب عود المالك الاول وكذلك الرد بالعيب قبل القبض لانه فسخ من الاصل وأما الرد بالعيب بعد القبض
فيختلف فيه القضاء وغيره انضاء فان كان بقضاء قاض فلا شفعة فيه لانه انفسخ العقد من اصداء وعاد على حكم المالك الاول وان ردها بغير
قضاء ففيه شفعة لان الشيء عادى كما بقوله ورضاه فدار كبراءه من شفعة به الشفعة اه اتقاني (قوله كيفما كان) أي قبل
القضاء أو بعده اه قارئ الهداية (قوله وفي الجامع الصغير الخ) قال الاتقاني رحمه الله وانما ذكر مسألة الجامع الصغير لان في قوله ولا خيار
رؤية اختلاف الروايتين في كل منهما فائدة يروى بكسر الراء عطفا على القسم أي لا شفعة في الرد بجختيار الرؤية كما لا شفعة في القسم
ويروى بفتح الراء وضمها عطفا على الشفعة وعلى المحل أما رواية الكسر فظاهر حيث لا تثبت الشفعة في خيار الرؤية لانه فسخ من الاصل
والرواية الاخرى أثبتت الشفعة في خيار الرؤية في شرح الجامع الصغير فمال معناه لا شفعة في قسمه ولا خيار رؤية في القسم أيضا
وانما لم يجب في القسم خيار الرؤية لانه (٣٥٦) لفائدة في رده لانه لو رده كان له أن يطلب القسم من ساعته فلا يكون في الرد فائدة

أو شرط كيفما كان أو بعيب بقضاء قاض لا يجب الشفعة فيها لانه فسخ من كل وجه فلا يمكن أن يجعل
عقد جديدافعا الى قديم ملك البائع والشفعة تجب في الانشاء لا في الاستمرار والبقاء على ما كان ولا فرق
في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمه ولا خيار رؤية
بالجزم معناه لا شفعة بسبب الرد بجختيار الرؤية ولا تصح الرواية بالنصب عطفا على الشفعة لان معناه يصير
على هذا التقدير أن خيار الرؤية لا يثبت في القسم فيفسد المعنى لان المذكور في كتاب القسم أن خيار
الرؤية وخيار الشرط يثبتان في القسم لان ثبوتهم مانع من انقضاء القسم لا ضرورة الا بالرضا
والشفعة من الماسي من معنى المبادلة والمبادلة أغلب في غير المكمل والموزون فيجوز فيها خيار الرؤية ولا
يجوز في المكمل والموزون لان معنى الاقرار فيه ما هو الغالب ولهذا كان لكل واحد من الشرطين أن
يأخذ نصيبه من غير أن صاحبه ولا فائدة فيه لانه باعادة القسم يأخذ نصيبه أو مثله بلا تفاوت
بخلاف غيرهما من العقار والعروض لانه اذا أصابه غير ما أصابه في الاول فله يحصل غرضه لان المساواة
فيها عند القسم تثبت بضرب من الاجتهاد فيجوز أن يقع في قبضه أن نصيب غيره أحسن فتعبد الاعادة
وقال في الكافي وصح شمس الأئمة السرخسي رحمه الله الرواية بالنصب وقال لا يثبت خيار الرؤية في
القسم سواء كانت القسم بقضاء أو برضا وبه قال المشايخ رحمه الله قال رحمه الله (وتجب لوردة بلا
قضاء أو تقابلا) أي تجب الشفعة ان ردها المشتري بعيب بغير قضاء التقاضي أو تقابلا البيع وقال زفر
رحمه الله لا تجب لان شفعة قد بطلت بالتسليم والرد بالعيب بغير قضاء قاله والافاقلة فسخ لقصد ما ذاك
والعبارة لقصد المتعاقدين قلنا الافاقلة مثبتة للأب بتراضيهما كالبيع غير أنهما قصد الفسخ فيصير فيما
لا يتضمن ابطال حق الغير لان لهما اولاية على أنفسهما فيكون فسخا في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما
فيكون بيعا جديدا في حق الشفيع لوجود خد البيع فيما هو مبادلة المال بالمال بتراضيهما فافقه بطله
بها حق الشفعة وقال صاحب الهداية وعمراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبضه فسخا من الاصل
وان كان بغير قضاء وانما يستقيم هذا على قول محمد رحمه الله لان بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز
كافي المنقول فلا يمكنه حله على البيع وأما عندهما فيجوز بيعه قبل القبض فما المانع له من حله على

وأنكر هذه الرواية فخر
الاسلام البرزوي ومن تبعه
كالصدر الشهيد وصاحب
الهداية فقال فخر الاسلام
محمد بن يعقوب عن أبي
حنيفة قال لا شفعة في قسمه
ولا خيار رؤية أما الشفعة
في القسم فلان القسم
ليست ببيع محض بل فيه
معنى الافراز ألا ترى أن
المتنع عنها يجبر عليها ولا
خلاف أن في القسم معنى
الافراز والشفعة انما شرعت
في البيع فلا يصح اثباتها
في الذي يخالفه كالم يجب
في معاوضة مال بغير مال
وأما قوله ولا خيار رؤية فان
كانت الرواية بكسر الراء
فان معناه لا شفعة في الرد
بجختيار الرؤية وان كانت
الرواية بفتح الراء فان معناه
أن لا يثبت خيار الرؤية في

القسم وذلك غير صحيح بل الصحيح المنصوص في كتاب القسم أن يثبت خيار الرؤية في القسم وخيار الشرط يثبت
في ذلك بلا اشكال كل ذلك في كتاب القسم وحل فقر الدين قاضيان في شرح الجامع الصغير رواية الفتح على ما اذا كانت التركة تسكيلا
أو موزونا من جنس واحد فاقسموا لا يثبت خيار الرؤية لانه لو رد القسم بجختيار الرؤية يحتاج الى القسم مرة أخرى فيقع في نصيبه عين
ما وقع في المرة الاولى أو مثله فلا يثبت خيار الرؤية أما لو كانت عقارا أو شيئا آخر فيعيد خيار الرؤية لانه لو رد بجختيار الرؤية فاذا اقتسموا ثانيا
ربما يقع في نصيب الطرف الذي يوافق فيه يكون مفيدا اه مع حذف وكتب ما نصه خيار الرؤية والشرط هل يثبتان في القسم ردها
بعيب قبل القبض بغير قضاء ردها بعيب قبل القبض بقضاء لا تجب الشفعة فيه لانه فسخ من الاصل ردها بعيب بعد القبض بقضاء
تجب الشفعة ردها بعيب بعد القبض بقضاء لا تجب الشفعة لانه فسخ (قوله وبه قال المشايخ) في الكافي وبه أخذ بعض المشايخ اه
(قوله ان ردها المشتري بعيب) أي بعد القبض اه (قوله وعمراده) أي مراد التقدير اه (قوله وأما عندهما فيجوز بيعه الخ) الرد
بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل حتى كان له أن يرد على بائعه وان كان بغير قضاء وصار غير خيار الشرط والرؤية

(قوله في المتن وبالصلح عن الشفعة على عوض) راجع الفصل الذي في كتاب الصلح ٥١ (قوله ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط) قال في الهداية ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى ٥١ أي لا يتعلق إسقاط حق الشفعة بالجائز من الشرط وهو ما ليس فيه ذكر مال فبالفساد من الشرط أولى أن لا يتعلق وهو ما فيه ذكر مال ولنا فيه (٢٥٧) نظر لأن إسقاط متى الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ألا ترى إلى ما قال

الشرط ألا ترى إلى ما قال
محمد في الجامع الكبير لو قال
الشفيع سلمت شفعة هذه
الداران كنت اشتريتها لنفسك

وقد اشتراها غيره أو قال
البائع سلمت اللان كنت بعثتها
لنفسك وقد باعها لغيره ليس
بتسليم وذلك لأن الشفيع
علق التسليم بشرط ووضح
هذا التعليق لأن تسليم
الشفعة إسقاط محض
كالطلاق والعقاق ولهذا
لا يرتد بالرد وما كان إسقاطا
مضاهيا تعليقه بالشرط
وما صح تعليقه بالشرط
لا ينزل إلا بعد وجود الشرط
ولم يوجد الشرط فلا ينزل
التسليم كذا ذكر الشيخ أبو المعين
في شرح الجامع الكبير اه
انتقائي (قوله والكفالة
بالنفس الخ) قال الانتقائي
وقد اختلفت الرواية في
الكفالة بالنفس إذا أسقطها
بهوض فقال في إحدى
الروايتين الكفالة باطلا
والعوض باطل وسوى بينهما
وبين الشفعة لأن إسقاط
الحق فيها لا يقف على عوض
فبطلان العوض من طريق
الحكم لا يمنع من بطلانها
وقال في الرواية الأخرى

البيع وهذا لأن الرد بالعيب بغير قضاء أو إقالة أو إقالة يبيع عند أبي يوسف رحمه الله مطلقا ما لم يتعذر جعله
بيها وعند أبي حنيفة رحمه الله وإن كان فسخا في حقهم مال كونه يبيع جديدا في حق غيره ما فاقم كن جعله
بيها في حق الشفيع فلا يفترق الحال بين أن يكون بعد القبض أو قبله والله أعلم بالصواب

بَابُ مَا يَبْطُلُ بِهِ الشَّفْعَةُ

قال رحمه الله (وتبطل بترك الموأبة أو التقرير) أي تبطل الشفعة بترك الموأبة أو طلب الموأبة أو طلب التقرير
حين علم مع القدرة عليه بأن لم يستأجره أو لم يكن في الصلاة لأنها تبطل بالأعراض وترك الطلبين
أو أحدهما مع القدرة عليه دليل الأعراض على ما بينا من قبل قال رحمه الله (وبالصلح عن الشفعة
على عوض وعليه رده) أي تبطل الشفعة إذا صالح المشتري الشفيع على عوض وعلى الشفيع رد
العوض لأن حق الشفعة ليس بمقرر في المحل وانما هو مجرد حق التملك فلا يجوز أخذ العوض عنه ولا
يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط كما إذا قال الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك
فما اشتريت أو على أن لا تطالب الثمن مني لكونه مالا ساقيا لو تراضيا سقط حق كل واحد منهما ومع
هذا لا يتعلق إسقاط الشفعة بهذا الشرط بل يسقط بمجرد قوله أسقطت بدون تحقق الشرط فلأن لا يتعلق
سقوطه بالشرط الفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال بل هو رشوة محض أولى فيصح الإسقاط
ويبطل الشرط وكذا لو باعته شفعته بمال لما بينا ولأن البيع عليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل
التمليك فكان عبارة عن الإسقاط فقط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسه بخلاف الاعتياض عن
القصاص ومالك النكاح وإسقاط الرق لأن ملكه في هذه الأشياء مقرر في المحل ولهذا يستوفيه
وينقذه ألا ترى أن الأولى أن يقتله قصاصا بغير قضاء ولا رضا فعلم أن حقه ثابت في المحل في حق القتل
ولو لا ذلك لما تمكن من القتل بغير قضاء ولا رضا وتظير ما نحن فيه ما إذا قال للخير اختاري بيني بألف أو قال
العنين لا صراة اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في
هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي رواية أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل في الشفعة كذلك
حتى لا يجب المال ولا تبطل الشفعة وقيل هذه الرواية في الكفالة خاصة ووجه الفرق بينهما على هذه
الرواية أن الشفعة تبطل بالأعراض دون الكفالة والأصح أن الكفالة والشفعة يسقطان ولا يجب
المال هذا إذا كان بعد البيع وأما قبل البيع فلا يسقط به لأن إسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح وبعبارة
يسقط بالإسقاط علم بالسقوط أو لم يعلم لأنه لا يبعد بالجهل بالأحكام في دار الإسلام ولا يرتد بالرد لأنه مجرد
حق ولو صالح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن يجوز ولو صالح على أخذ بيت بحصته من الثمن لا يجوز
الصلح ولا تسقط شفعته لأنه لم يوجد منه الأعراض غير أن الثمن مجهول لأن حصته من الثمن غير معلومة
عند الأخذ ومثل من الجهالة يمنع صحة البيع ابتداء ولا أخذ بالشفعة يبيع من الشفيع قال رحمه الله
(وبعوت الشفيع لا المشتري) أي بعوت الشفيع قبل الأخذ بعد الطلب أو قبله تبطل الشفعة ولا يورث
عنه ولا تبطل بعوت المشتري وقال الشافعي لا تبطل بعوت الشفيع أيضا لأن هذا حق معتبر في الشرع

(٣٣ - زيلعي خامس) لا تسقط وذلك لأنها حق أقوى من الشفعة بدلالة أنها لا تبطل بالسكوت والأعراض ما لم يرض بإسقاطها
فإذا لم يرض لم تسقط اه (قوله وقال الشافعي لا تبطل بعوت الشفيع أيضا) أي وتنقل الشفعة إلى ورثته والخلاف فيما إذا مات
الشفيع قبل القضاء بالشفعة فإذا مات بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبض المبيع فالبيع لازم لورثته بالاتفاق قال الإمام الأسيدي رحمه
الله في شرح الطحاوي صورته أن دارا بيعت ولا شفيع وطلب الشفعة فأنتم يا طلبة ثم مات قبل الأخذ بالقضاء أو بتسليم المشتري إليه

فأراد ورثته أخذه فليس لهم ذلك ولو كان الشفيع مملوكا بالقضاء أو بتسليم المشتري إليه ثم مات تكون ميراثا لورثته اه اتفاق
 (قوله) وكذلك لو باعها القاضي بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه قال الاتفاقى فإذا باع القاضي أو الوصى في دين المشتري
 فلا شفيع أن يبطل البيع لأن هذا التصرف ضمن إبطال حق الغير فيفسخ وكذلك لو أوصى المشتري فيه بوصية كان للشفيع نقضها
 وأخذها اه (قوله) وكذلك إبراء الغريم أي صحيح وإن لم يعلم من له الدين اه (قوله) لأن كل ذلك إسقاط الخ قال في شرح الكافي رجل
 باع دارا ورثي الشفيع ثم جاء يدعي أنه لم يعلم أن حدها إلى موضع كذا أو ظن أنها أقرب أو أبعد ويدعي شفيعه حين علم قال لا شفيع له لأن
 صحة التسليم لا تقف على كون الدار معاومة كصحة الإبراء في الدين لا تتوقف على العلم بقصد إرفاقه في صحة التسليم كان هذا دعوى بعد
 التسليم فلا يسمع اه اتفاقى (٣٥٨) (قوله في المتن ولا شفيع لمن باع أو بيع له) قال في الهداية وكيل البائع إذا باع وهو الشفيع

كالقصاص وحق الرد بالعيب وإنما أنه مجرد حق وهو حق التملك وأنه مجرد رأي وهو وصفته فلا يورث عنه
 بخلاف القصاص لأن من عليه القصاص صار كالمالك لمن له القصاص ولهذا جاز أخذ العوض عنه
 ومالك العين يبقى بعد الموت فأمكن أن يورثه بخلاف الشفعة لأنها مجرد حق ذهبي مجرد الرأي والمشقة ولهذا
 لا يجوز الاعتراض عنها وكذلك لا يمكن أن يورثها لأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها
 ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع وفيما ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ
 بالشفعة شرط ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لأنها لا تستحق
 بالملك الطارئ بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ وإنما لا تبطل بموت المشتري لأن المستحق باق ولم
 يتغير سبب حقه وإنما حصل الانتقال إلى الورثة في الدار المشفوعة وذلك حقه كما إذا انتقل إلى غيره
 بسبب آخر فينقضه ويأخذها بالشفعة كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف وكذلك لو
 باعها القاضي بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه قال رحمه الله (ويبيع ما يشفع به قبل القضاء
 بالشفعة) أي تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها قبل الأخذ بالشفعة لأن سبب استحقاقه قد زال
 قبل ذلك ولا فرق بين أن يكون عالما وقت بيع داره بشراء المشفوعة أو لم يكن عالما لأنه لا يختلف في
 الحالين فصار كالتسليم الصريح فإنه لا يختلف بين أن يعلم بيعها أو لم يعلم وكذلك إبراء الغريم لأن كل ذلك
 إسقاط فلا يتوقف على العلم كالإطلاق والعناق ألا ترى أنه لا يرتد برث المشتري ولا يتوقف على قبوله ولا
 يختلف بين حضرته وغيبته ولو باع التي يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفيعته لبقاء السبب لأن خيار
 البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ولو اشتراها الشفيع من المشتري بطلت شفيعته لأنه لا إقدام على
 الشراء من المشتري أعرض عن الطلب وبه تبطل الشفعة ولما هو بعد من الشفعة أو مثله أن يأخذها
 منه بالشفعة بالعقد الأول وإن شاء بالعقد الثاني أما اعراضه عن الأول فظاهر وكذا عن الثاني وهو الذي
 ياشتره بنفسه لأنه لا يشفعه ببيع أمكان أخذ نفسه بالشفعة جعل معرضه عن الأخذ بسببه فلا يثبت له به
 حق لأنه أعرض بخلاف ما إذا اشتراها ابتداء من غير أن يثبت له فيها حق الأخذ لأن شراءه هناك لم يتضمن
 اعراضا لأنه مقبل على التملك وهو معنى الأخذ بالشفعة وإنما اشتراها لعدم التمكن من أخذها بطريق
 آخر ولا كذلك هنا وكذلك أن استأجر الشفيع الدار المشفوعة أو ساومها أو طلب من المشتري أن يوليها
 بطلت شفيعته لأنه دليل الاعراض قال رحمه الله (ولا شفيع لمن باع أو بيع له) أي بالوكالة والاصل فيه

فلا شفعة له ووكيل المشتري
 إذا ابتاع فلا شفعة اه
 (قوله والاصل فيه الخ)
 هكذا قال صاحب الهداية
 قال الاتفاقى قال في شرح
 الطحاوى وبيان ذلك أن
 صاحب الدار لو وكل شفيع
 الدار بالبيع فباعها فلا شفعة
 له لأنه هو الذي باع ولو أن
 مضاربا لرجل باع دارا من
 المضاربة ورب المال شفيعها
 بداره أخرى فلا شفعة له لأنه
 بيع له وإن كان لا يملك نفيه
 عن البيع وإن كان المشتري
 وكل شفيع الدار بشراؤها
 فاشترأها له فلا شفعة
 ألا ترى أنه لو اشترى دارا
 لنفسه وهو الشفيع كان
 له الشفعة حتى لو جاء شفيع
 مثله أخذ نصف الدار منه
 ولو جاء شفيع دونه فلا شفعة
 له وكذلك لو اشترى المضارب
 بمال المضاربة دارا ورب
 المال شفيعها كان له أن
 يأخذها بالشفعة لأنه اشترى

له ومن اشترى أو اشترى له فلا تبطل شفيعته وقال في الجامع الكبير رجل اشترى دارا على أن يضمن الشفيع الثمن عن المشتري أن
 أضمن للمشتري الدار أو اشترط البائع الخيار للشفيع فأعفى البيع فهذا كله تسليم للشفعة قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح
 الجامع الكبير أما إذا باع فضمن الشفيع الثمن عن المشتري والشفيع حاضر فقبل في المجلس جاز البيع بهذا الشرط استحسانا والقياس
 أن لا يجوز ألا ترى أنه لو لم يقبل في المجلس لا يصح البيع ذكر محمد القياس والاستحسان في كتاب البيوع من المبسوط وأما لا شفعة
 للشفيع فلأن الشفيع صار كالبايع من وجهه وكالمشتري من وجهه أما كالبايع من وجهه لأن البيع يتم به وكذلك أن يطلب المشتري بأداء
 الثمن حتى يخلصه عن الكفالة متى كانت الكفالة بأمره كالبايع مطالبة المشتري بأداء الثمن وأما كالمشتري من وجهه لأن الشراء يتم
 به وكذا البائع يطلب بالثمن كما يطلب المشتري فوقع التردد في ثبوت حق الشفعة فلا يثبت لأن حق الشفعة متى دار بين أن يثبت وبين أن
 لا يثبت لا يثبت فان قيل البائع من كل وجهه أعمال تكن له الشفعة لأن إيجاب الشفعة له يؤدي إلى التضاد لأن البيع لطلب المبيع

والشفعة للملك المبيع وبينهما تضاد وهو لا يؤدي الى التضاد لان تعليق المبيع ههنا ما كان من جهة الشفيع قيل له الشفيع اذا كان
 كفيلا عن المشتري بالثمن كان بمعنى البائع من وجه لما قلنا فاجاب الشفعة له يؤدي الى التضاد من وجه في التملك والملك فان كان يؤدي
 الى التضاد من وجه في التملك والملك أدى الى التضاد في حق ضمان الثمن لانه بعد الكفالة التزم الثمن للبائع ومتى بقي شفيعا كان له أن لا
 يلتزم لانه يأخذها بالشفعة من يد البائع فيمنفخ المبيع فيمير المشتري عن الثمن فيمير أهو عن ضمان الكفالة وأما اذا ضمن للمشتري بالدرك
 فجواز المبيع بهذا الشرط اذا كان حاضرا في المجلس وقيل في المجلس استحسن أيضا أما لا شفعة له فلانه بائع من وجه لان المبيع تم به
 وكذا لو اشترى المشتري كان للمشتري أن يرجع عليه بالدرك كما كان له أن يرجع على البائع (٣٥٩) وأما اذا اشترط البائع الخيار له فأما في

المبيع فلانه بائع من وجه
 لانه هو الذي أوجب المبيع
 باعتبار إثبات الحكم وان
 لم يكن موجبا للمبيع باعتبار
 أصل المبيع ولو اشترط المشتري
 خيار الشفيع فأما في
 الشفيع المبيع لم تبطل شفيعته
 يريد به اذا طلب الشفعة قبل
 الاجازة لانه بمنزلة المشتري من
 وجه لانه وكيل عن المشتري
 في الاجازة على ما علم في موضعه
 والمشتري من كل وجه كان له
 الشفعة فكذلك المشتري من
 وجه فان قيل المشتري من
 كل وجه انما كان له الشفعة
 لان ايجاب الشفعة له لا يؤدي
 الى التضاد فان المشتري ملك
 المبيع والاخذ بالشفعة تملك
 أيضا فكان من جنسه فلم يكن
 فيه تضاد فاما هنا لو وجب
 الشفعة لهذا المشتري من
 وجه بعد الاجازة أدى الى
 التضاد لانه بالاجازة أوجب
 الملك للمشتري ومتى أخذها
 بالشفعة لا يبقى الملك للمشتري

أن من باع أو بيع له لا شفعة له ومن اشترى أو اشترى له كان له الشفعة لان الاخذ بالشفعة في الاول
 يلزم منه نقض ما تم من جهته وهو المبيع لان المبيع تعليق والاخذ بالشفعة تملك وبينهما تضاد
 وكذا المبيع يوجب التسليم والاخذ فيه لانه يمنع به التسليم وفي الثاني لا يلزم ذلك بل فيه تقريره
 لان الاخذ بالشفعة مثل الشراء ولا فرق فيمن باع أو اشترى بين أن يكون وكيل أو أصيلا حتى لا تكون
 له الشفعة في الاول ولا لو كان وكيل وفي الثاني له الشفعة ان كان أصيلا ولو كان وكيل ان كان وكيل
 حتى اذا باع المضارب أو العبد المأذون له العقار ليس له ولا لرب المال حق الاخذ بالشفعة ولو اشترى
 كان له ولرب المال الشفعة لما ذكرنا وكذا الاولى ان كان على العبد دين وان لم يكن عليه فلا فائدة بالاخذ
 لانه ملكه ولم يتعلق به حق غيره والمجيز للعقد الذي باشره الفضولي كالموكل لما عرف أن الاجازة اللاحقة
 كالموكل السابقة ثم فائدة قولنا ان المشتري لا تبطل شفيعته أن يشارك غيره من الشفعاء ان لم يتقدموا
 عليه وأن يتقدم هو على من بعده من الشفعاء وأن يسلم له عند ترك غيره من الشفعاء والبائع ليس له أن
 يطلب المبيعة بالشفعة بدرا أخرى غيرها بلزقها لانه لما باعها رغب عنها والاخذ رغبة فيها فتناوبا بخلاف
 المشتري ولو شرط البائع الخيار لثالث فأجاز فهو كالبائع وان كان المشتري هو الذي فعل ذلك فأجاز كان
 كالمشتري والمعنى ما بيناه قال رحمه الله (أو ضمن الدرك عن البائع) يعني اذا ضمن الدرك عن البائع وهو
 شفيع فلا شفعة له لان تمام المبيع انما كان من جهته لان المشتري لم يرض بالمبيع الا بضمنه فلما ضمن
 تم به العقد فلا يكون له نقض ما تم من جهته على ما بينا في البائع قال رحمه الله (ومن ابتاع أو ابتاع له
 فله الشفعة) لان شراء لا يدل على الاعراض على ما بينا من المعنى بفروعه قال رحمه الله (وان قيل
 للشفيع انما يبيع بالشفعة فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بغير أو بغير قيمته ألف أو أكثر فله الشفعة) لان
 تسليمه كان لاستكثار الثمن أو لتعذر الجنس ظاهر فاذا تبين له خلاف ذلك كان له الاخذ بالتيسير وعدم
 الرضا على تقدير أن يكون الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا وجنسا فاذا سلم على
 بعض وجوه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها وكذا كل موزون أو مكيل أو عدد متقارب بخلاف
 ما اذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فلا يظهر فيه
 التيسير فلا يكون له الاخذ وكذا لو أخبر أن الثمن عروض كالتياب والعبيد ثم ظهر أنه مكيل أو موزون
 أو أخبر أن الثمن مكيل أو موزون فظهر أنه من خلاف جنسه من المكيل أو الموزون فهو على شفيعته لما
 ذكرنا وان ظهر أنه جنس آخر من العروض قيمته مثل قيمة الذي بلغه أو ظهر أنه ذهب أو فضة قدره مثل
 قيمة ذلك فلا شفعة له لعدم الفائدة لان في غير المكيل والموزون الواجب القيمة فلا يظهر التفاوت قال

فصار كالمسا في نقض ما أوجبه للمشتري فيؤدي الى التضاد قيل له هذا كذا أن لو وجب الشفعة له باجازه والشفعة لم تجب له باجازه الشراء
 بل كانت واجبة له قبل الاجازة ببيع المتعاقدين فان من اشترى دارا على أنه بالخيار وجب الشفعة للشفيع أجاز المشتري الشراء أم فسح لان
 خيار المشتري لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وثبوت حق الشفيع يعتمد زوال المبيع عن ملك البائع ومتى وجب الشفعة قبل الاجازة
 فلا أخذها بالشفعة بعد ما أجاز لا يكون ساعيا في نقض ما أوجبه للمشتري فان أصل العقد ما وجب باجازه اه (قوله ان من باع) أي وهو
 وكيل البائع اه (قوله أو بيع له) أي وهو الموكل اه (قوله في المتز أو ضمن الدرك عن البائع) انظر الحاشية التي كتبها عند قوله في المتن
 فيما تقدم أو بيعت بخيار للبائع اه (قوله لان الواجب فيه القيمة) أي لان العرض لا تجب الشفعة بمثل وانما تجب بقيمة والقيمة من
 جنس الدراهم اه (فرع) مما يحفظ من الحيل لا يسقط الشفعة أن يعقد المبيع بثمن مجهول المقدار كقصة قرأه أو

جوهره معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم وكف من الفانس لا يعرف قدره اه معراج (قوله فلاشفعة له) أي وذلك لأن
الشفعة انما تثبت بالشركة أو بالجوار ولم يوجد واحد منهما اه اتقاني (قوله وكذا لو وهب هذا القدر للشري) أي وسلمه الله اه
اتقاني (قوله في الثمن وان ابتاع منها) لفظ منها ليس في خط الشارح اه (قوله ولو أراد الحيلة اشترى السهم الخ) قال في شرح الطحاوي
وهو أن يبيع أولاً من الدار ومن الكرم (٣٤٠) عشرة هامشاً بأكثر الثمن ثم يبيع تسعة أعشارها ببقية الثمن حتى أن الشفيع

لا يثبت له حق الشفعة الا
في عشرها ثمنه ولا يثبت له
الشفعة في تسعة الأعشار
لأن المشتري حين اشترى تسعة
أعشارها كان شريكاً فيها
بالعشر وهذه الحيلة انما
تكون للجار أو للخليط لأن
المشريك أولى منهما ولا يحتال
بهم للمشريك لأن الشفيع
إذا كان شريكاً كان له أن
يأخذ نصف تسعة الأعشار
أيضا بقابل الثمن وان كانت
الدار للصغير فإن يبيع العشر
منها بكثير الثمن جازو يبيع
تسعة الأعشار بقابل الثمن
لا يجوز لأن يبيع مال الصغير
بأقل من قيمته قدر ما لا تتغابن
الناس فيه لا يجوز فيكون
في هذه الحيلة مضرة للمشتري
وهو أن يلزمه العشر ولا
يجوز في تسعة الأعشار
وقد يجوز أن يحتال بهذه
الحيلة في دار الصغير وهو أن
يبيع من داره جزءاً من مائة
جزءاً أو يبيع جزءاً من ألف جزءاً
بثمن أكثر من قيمته ثم يبيع
بقية الدار بمثل ثمنه فانه يثبت
له الشفعة في الجزء الأول
خاصة وهذه الحيلة للجار
والخليط فاما إذا كان الشفيع
شريكاً فانه يأخذ نصف

رجه الله (ولو بان أنما يبعث بذناير قيمتها ألف فلاشفعة له) وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وهو استحسان
والقياس أن يثبت له حق الشفعة وهو قول أبي حنيفة وزفر رحمه الله لأن الجنس مختلف حقيقة وحكما
ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع وكذا لو أجبر على أن يقرب بالدرهم فأقر بالدنانير كان مختاراً غير مكره
ولو كانا نفساً أو أحداً لم يصار مختاراً وجه الاستحسان أنهما جنس في الثمنية وكلاهما فيه ولهذا يضم
أحدهما إلى الآخر في الزكاة قال رحمه الله (وان قيل لئلا أن المشتري فلان فسلم فبان أنه غيره فله
الشفعة) لتفاوت الناس في الاخلاق فبعضهم من يرغب في عاشرته ومنهم من يجتنب مخالطة شره فالتسليم
في حق البعض لا يكون تسليماً في حق غيره ولو علم أن المشتري هو مع غيره كان له أن يأخذ نصيب غيره
لأن التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل فله الشفعة في الكل لأنه سلم
النصف وكان حقه في أخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه اسقاط الكل ولأن التسليم لحوف
ضرر الشركة ولا شركة وهذا التعليل يستقيم في الجار دون الشريك والأول يستقيم فيهما وفي عكسه
وهو ما إذا أخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف لا شفعة له في ظاهر الرواية لأن التسليم في الكل
تسليم في أبعاضه كلها ولأن رغبات الناس في الكل أكثر عادة من رغباتهم في الاشخاص فلو ائتمروا على
عيب التشفيع فإذا لم يرغب فيه فأولى أن لا يرغب في التشفيع وقيل له الشفعة لأنه قد لا يتمكن من
تحصيل ثمن الجميع وقد تكون حاجته إلى النصف ليتتم به ما فوق ملكه فلا يحتاج إلى الجميع وشيخ
الاسلام مال إلى هذا القول وجعل ما ذكره في ظاهر الرواية على ما إذا كان غن النصف مثل ثمن الكل أما
إذا تبين له أن غن النصف مثل نصف غن الكل فله الشفعة والمعنى ما ذكرنا قال رحمه الله (وان باعها الا
ذراعاً في جانب الشفيع فلاشفعة له) معناه إذا باع العقار الامتداد ذراعاً في طول الحد الذي يلي الشفيع
فلاشفعة له لأن الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري لعدم
الاتفاق وهذه حيلة قال رحمه الله (وان ابتاع منها سهماً بثلث ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم
الأول فقط) لأن الشفيع جاز في السهمين والمشتري شريك في السهم الثاني وهو مقدم على الجار ولو أراد
الحيلة اشترى السهم الأول بجميع الثمن الادرهما والباقي بالدرهم فلا يرغب الجار في أخذ السهم الأول
لكثرة الثمن لا سيما إذا كان السهم الأول جزءاً قليلاً كالعشر مثلاً أو أقل وكذا في المسئلة الأولى يتأق
مثل هذه الحيلة بأن يبيع قدر الذراع أو أقل في طول الحد الذي يلي الشفيع بجميع الثمن الادرهما ثم
يشترى الباقي بدرهم فان أخذ بالشفعة أخذ قدر الذراع بجميع الثمن وليس له أن يأخذ الباقي لأنه ليس
بجار له فأيم ما خاف أن لا يوفي صاحبه شرط الخيار لنفسه وان خاف شرط كل واحد منهما ما الخيار لنفسه ثم
يجوز أن معاون خاف كل واحد منهما ما إذا أجاز أن لا يجيز صاحبه وكل كل واحد منهما ما وكذا لا يشترط عليه
أن يجيز بشرط أن يجيز صاحبه قال رحمه الله (وان ابتاعها بثلث ثم دفع ثوباً عنه فالشفعة بالثلث لا بالتوب)
لأن التوب عوض عما في ذمة المشتري فيكون البائع مشترى بالتوب بعقد آخر غير العقد الأول وهذه
الحيلة تم الجوار والشركة لأنه يبتاع العقار بأضعاف قيمته ويعطيه بثلث أو بأقله قدر قيمة العقار غير أنه

القيمة نصف ثمنها اه غاية وكتب مانعه وهذه حيلة ترجع إلى تقليل رغبة الشفيع والأولى إلى الإبطال لأن في الأولى ليس يخاف
لجار أن يأخذ لأن مقدار ذراع في طول حد الشفيع لم يبيع اه اتقاني (قوله قدر قيمة العقار) قال الاتقاني بيان ذلك فيما ذكره في
شرح الطحاوي بقوله وجهه أخرى أن يبيع الدار بأكثر من قيمتها ثم يبيع ما يساوي ألفاً بالدين ويتقدم من الثمن ألف درهم الا
عشرة دراهم ثم يبيع بألف وعشرة عرضاً يساوي عشرة دراهم فحصلت الدار للمشتري بألف درهم في الخصال ولكن الشفيع لا يأخذها
إلا بالثمن درهم والأفضل للبائع أن يجعل مكان العرض ديناراً يساوي عشرة دراهم وهذا هو الاحوط يعني إن الدار لو استحققت من يد

المشتري يرجع على البائع بمثل ما أعطاه لانه يبطل الصرف بالاستحقاق وهذه الحيلة لجميع الشفعة ولو كان باع بقيمة الثمن عرضا سوى الذهب يساوي عشرة دراهم كذا كنا فعند الاستحقاق يرجع المشتري على البائع بألف درهم ويكون فيه مضرة على البائع اه (قوله لوجوبه عليه بالبيع الثاني) أي وهو بيع المشتري الثوب من البائع بثمن قدر عن العقار الذي اشتراه المشتري اه (قوله وبطلت المقاصة) أي فصار كمن اشترى من آخر دينار بعشرة دراهم عليه ثم ظهر انهم لم تكن عليه (٣٩٩) بطل الصرف ويرد الدينار كذا في

الإحصاء اه (قوله دنانير)

الذي في خط الشارح الدنانير

اه (قوله والحيلة الأولى

تختص بالجار وهذه لا)

تقدم الشفعة عليه اه (قوله

في المتن ولا تسكره الحيلة الخ)

قال في الوقعات الحسنية

الحيلة في ابطال الشفعة

على وجهين إما أن كانت

بعد الثبوت أو قبل الثبوت

ففي الوجه الأول يكره بالاتفاق

نحو أن يقول المشتري

للشفيع اشتريه مني وما أشبه

ذلك لانه ابطال الحق واجب

وفي الوجه الثاني لا بأس

به سواء كان الشفيع عدلا

أو فاسقا والمختار لانه ليس

باطال اه اتقاني (قوله

وعند محمد تسكره) وجه قول

محمد أن الشرع أوجب

الشفعة سببا لدفع الضرر

عن الشفيع فلا يجوز لآن

الحيلة بأسقاط الشفعة لو

جازت لم تثبت شفعة أبدا

اه اتقاني (قوله ثم قيل

هذا الخلاف بينهما قيل

الوجوب) أي قبل وجوب

الشفعة يعني قبل البيع إذ

هي انما تجب بالبيع اه

(قوله وعند محمد يكره) قيل

الفتوى على قول أبي يوسف

يخاف أن يتضرر البائع بذلك لانه لو استحققت الدار تبقى الدراهم كلها في ذمة البائع لوجوبه عليه بالبيع الثاني ثم براءته كانت حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار فإذا استحق تبين أنه ليس عليه عن العقار وبطلت المقاصة فيجب على البائع الثمن كله والحيلة فيه أن يدفع اليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما في ذمته من الدراهم ثم إذا استحق العقار تبين أن لادين على المشتري فيبطل الصرف لا افتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير والحيلة الأولى تختص بالجار وهذه لا وحيلة أخرى نعم الجار والشريك أن يشتريه بأضعاف قيمته من الدراهم ثم يوفيه من الدراهم قدر قيمة العقار الا قدر قيمة الدينار مثلا فيعطيه الدينار بالباقي فيصير صرفا فيه ثم إذا استحق المشفوع رد ما قبض كله فغير الدينار على أنه بدل عن العقار المستحق والدينار باطلان الصرف قال رحمه الله (ولا تسكره الحيلة لاستقاط الشفعة والزكاة) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله تسكره لان الشفعة وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام فكانت مكرهه ضرورة ولا يبي يوسف رحمه الله أنه يحتمل لدفع الضرر عن نفسه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع وان كان غيره يتضرر في ضمنه ثم قيل هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب وأما بعده فمكرهه بالإجماع هكذا ذكره شيخ الاسلام ذكر قوله في النهاية والقائل له هذا القول قاسه على الاختلاف في الزكاة فانه لا يكره عند أبي يوسف رحمه الله قبل الوجوب وعند محمد رحمه الله يكره وقيل لا تسكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة وانما الخلاف في فصل الزكاة وقال شمس الأئمة الاشتغال بالحيل بابطال حق الشفعة لا بأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا إشكال فيه وكذلك بعد الوجوب إذا لم يقصد المشتري الا ضراره وانما قصد الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبي يوسف رحمه الله وأما عند محمد رحمه الله فتسكره على قياس اختلافهم في الزكاة ثم الحيل التي تسقط الوجوب هي أن يعرضه فيسقط الشفيع الشفعة فتسقط شفعته ولا يجب عليه العوض أو يقول له أنا أبيعك أياه أو يقول له المشتري اشتريه مني فيقول الشفيع نعم فتسقط به شفعته وكذا إذا أجرة من الشفيع على ما بينا ومن الحيل التي تمنع الوجوب أن يوكاله ببيعها أو يضمه الدار أو يجعل البائع الخيار اليه في عقد البيع الى غير ذلك من الحيل التي ذكرناها من قبل ومن الحيل أن يؤجر المشتري البائع شيئا ببعض العقار الذي يريد شراءه كالثوب مثلا يؤجره ليلبس به البائع يوما مجز شافع من العقار الذي يريد شراءه ثم يشتري الباقي لانه لما ملك منه جزءا شاعا صار شريكا له وليس للشفيع فيه شفعة لانه ملكه بالاجارة ولا فيما اشتراه به وذلك لان الشريك أولى وهذه الحيلة لا تدفع الا الجار قال رحمه الله (وأخذ حظ البعض يتعد بتعدد المشتري لا بتعدد البائع) ومعهما أن المشتري إذا تعدد بأن اشترى جماعة عقارا والبائع واحد يتعد لاخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي وان تعدد البائع بأن باع جماعة عقارا لمشتري كما بينهم والمشتري واحد لا يتعد لاخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض والفرق أن الشفيع في الوجه الثاني يأخذ نصيب بعضهم تفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر بالاخذ منه

في الشفعة وعلى قول محمد في الزكاة اه اتقاني (قوله لا بأس به) قال الخصاص في أول كتاب الحيل لا بأس بالحيل فيما يحل ويجوز وانما الحيلة شيء يتخلص به الرجل من الحرام ويخرج به الى الحلال فما كان من هذا فهو فلا بأس به وانما يكره من ذلك أن يحتمل الرجل في حق لرجل حتى يبطله أو يحتمل في باطل حتى يعوجه أو يحتمل في شيء حتى يدخل فيه شبهة اه اتقاني (قوله ثم الحيل التي تسقط الوجوب هي أن يعرضه) كان يقول المشتري للشفيع صاخذك على كذا كذا درهم على أن تسلم لي شفعتك فإذا قبل الشفيع الصلح وسلم بطلت شفيعته ولا يجب له المال اه اتقاني (قوله بأن اشترى جماعة) كذا بخط الشارح اه (قوله بأن باعوا جماعة) كذا بخط الشارح اه

(قوله ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض) أي قبل قبض المشتري الدار اه اتقاني **فرع** قال الكرخي وإذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة فباع شفع لهما جميعا فأراد أن يأخذ أحدهما دون الأخرى ليس له ذلك وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وقال الحسن بن زياد عن زفر الشفيع بالخيار أن شاء أخذهما وإن شاء أخذ أحدهما دون الأخرى وهذا قول الحسن بن علي الفط الكرخي وجه قولهم أن المشتري (٣٩٣) ملك الدارين صفقة واحدة وتعلق حق الشفيع بهما فلم يملك أن يفرد بأخذ بعض ما تعلق

به حقه دون بعض كالدار الواحدة وقد ذكر أبو الحسن عن محمد ما يدل على أنه لا فرق بين الدارين المتلاصقتين والمتفارقتين وذكر بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنه إذا كانتا في مصر واحدة أو مهيمنين فهو سواء وجه قول زفر أن أخذ أحدي الدارين لا يؤدي إلى إضرار بالمشتري بالشركة فصار كما لو كان شفيعا لأحدهما ثم قال الكرخي في مختصره وإذا كان الشفيع شفيعا لأحدهما دون الأخرى ووقع البيع عليهم ما صفقة واحدة فإن الحسن بن أبي ماله روى عن أبي حنيفة أنه ليس له إلا أن يأخذ التي يجاوره بالخصه وكذلك روى ابن سماعة عن أبي يوسف وكذلك روى هشام عن محمد بن رجل اشترى دارين متلاصقتين وله جار يلي أحدهما قال فإنه يأخذ التي تلي به بالشفعة ولا شفعة له في الأخرى قال القدوري في شرحه وذلك لأن حق الشفعة يتعلق بأحدي الدارين دون الأخرى والشفعة إذا جهت بين ما يتعلق به الشفعة وبين ما لا يتعلق به الشفعة

وبعيب الشركة وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررا زائدا سوى الأخذ وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة على أحد ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض أو بعده في الصحيح إلا أن الشفيع لا يمكنه أن يأخذ نصيب أحدهم إذا نفذ حصته من الثمن حتى ينقذ الجميع كي لا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين أنفسهم لأنه كواحد منهم وكذا إذا كان المشتري واحدا فنقد البعض من الثمن وسواء سمى لكل بعض غنا أو سمى لكل جملة لأن العبرة في هذا الاتحاد الصفقة للاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر في التعدد والاتحاد العاقد دون المالك حتى لو وكل واحد جماعة بالشراء فاشترى والد عقارا واحدا بصفقة واحدة أو متعددة كان الشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم ولو وكل جماعة واحدا به ليس للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقلة وهو أصيل فيه فيتحد بانحداده وتعدد تعدده ثم في الصحيح لم يفصل بين ما إذا كان بعد القبض أو قبله على ما بينا وروى الحسن بن علي حنيفة رحمه الله أنه فصل فقال إن أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك وبه كان له ذلك لأنه قبل القبض يتضرر البائع بأخذ البعض منه بتفريق اليد عليه وبه لا يتضرر لأنه لم يبق له يد وجوابه أن له أن يجبس الجميع إلى أن يستوفي جميع الثمن على ما بينا فلا يؤدي إلى تفريق اليد عليه قال رحمه الله (وان اشترى نصف دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظ المشتري بقسمته) أي لو اشترى نصف دار غير مقسوم فقام المشتري البائع أخذ نصيب المشتري الذي حصل له بقسمته وليس له أن ينقض القسمة سواء كانت القسمة بحكم أو بالتراضي لأن القسمة من تمام القبض السابق من تكميل الانتفاع ألا ترى أن الهبة تتم بها حتى صحت بالقسمة والتسليم بعد أن وقعت فاسدة للشموع باعتبار أن قبضه ناقص فيما يحتل القسمة والشفيع لا ينقض القبض ليجعل الهبة على البائع فكذا ما يتم القبض وهذا لأن القبض بجهة البيع له حكم البيع فكما لا يملك نقض البيع الأول لا يملك نقض القبض الموجود بجهته ولا يقال القسمة فيها معنى المبادلة والشفيع يملك نقض تصرفاته فكذا نقض قسمته لأننا نقول القسمة أقرار من وجه ولهذا يجري فيها الجبر ومبادلة من وجه ولهذا يجري فيها أحكام البيع من رتبته أو خيار رؤيته ومن حيث أنها أقرار لم يوجد فيها إلا القبض فباعتبار أنها مبادلة يملك وباعتبار أنها أقرار لا يملك فلا يملك بالشك وهذا لأن القياس أن لا ينقض من تصرفات المشتري شيئا لأنما هي حقيقة أصدرها عن مالك ولهذا لو باع أو أجرة يطيب له الثمن والجرة وليس للشفيع فيسه ملك وانما ثبت له حق الأخذ وذلك لا يمنع نفوذ تصرفاته غير أن له أن ينقض تصرفات تبطل حقه لدفع الضرر عن نفسه ولا ضرر في القسمة فبقى على الأصل في حق البيع الأول وفي حق ماله حكم البيع الأول وهو القبض الذي هو حكم البيع الأول بل هو تصرف بحكم المالك من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبيع حيث يكون للشفيع نقضه لأن العقد لم يقع من الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الأول بل هو تصرف بحكم المالك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعة وهبته ثم إذا لم يكن للشفيع نقض قسمته كان له أن يأخذ نصيب المشتري في أي جانب كان لأنه استحققه بالشراء والمشتري لا يقدر على إبطال حقه فيأخذه وهو مروي

أخذ الشفيع ما تعلق به بالخصه كما لو اشترى دارا وسيفها صفقة واحدة غايه (قوله لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقلة) أي دون عن المعقود له غايه (قوله أو بالتراضي) وعن أبي حنيفة أن القسمة إذا كانت بقضاء القاضي ليس له أن ينقض وإذا كانت بغير قضاء القاضي فلا أن ينقض اه غايه

(قوله في المتن والعبد المدينون
 الاخذ بالشفعة الخ) قال
 شيخ الاسلام علاء الدين
 الاسيحي واداباع المولى
 دارا ومكاتبه شفيها اول
 الشفعة لانه اقرب الى الجانب
 من العبد المدين فان ما
 ياخذ نفسه فكان اخذ
 الدار بالشفعة مفيد الله غاية
 (قوله فله العبد ان ياخذ الدار
 بالشفعة) أي لانه لا ياخذها
 لولا بل انفسه فكان مفيدا
 اه غاية (قوله لكون المولى
 لا عاك ما في يد العبد المدينون)
 أي على قول أبي حنيفة اه
 قال الاتقاني وذلك لان المولى
 لا عاك أ كساب عده المدينون
 عند أبي حنيفة وعندهما
 عاك الرقبة ولا عاك التصرف
 فكان بمنزلة الاجنبي اه
 (قوله أو لكون العبد أحق
 به) أي على قولهما اه
 (قوله ولان تصرفهما) اه
 ولا يتما (قوله جاز التسليم
 بالاجماع) أي لا خلاف
 محمد وزفر لمحضه ضررا
 للصبي اه (قوله وهو الاصح)
 كذا في المبسوط اه (قوله
 فلا عاك التسليم) فبقى
 الصبي على حقه اذا بلغ وصار
 المولى كالأجنبي اه (قوله
 وهكذا كرفي الهداية)
 لفظ ذكر ليس في خط الشارح
 اه (قوله لئلا كونا أنه) أي
 الاخذ بالشفعة اه

عن أبي يوسف رحمه الله واطلاق الكتاب يدل عليه وعن أبي حنيفة أنه انما ياخذها اذا وقع في جانب
 الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال رحمه الله (والعبد المدينون الاخذ
 بالشفعة من سيده كهكسه) معناه اذا باع رجل دارا للبائع عبده مدين له في التجارة وعليه دين يحيط
 بماله ورقبته فله العبد ان ياخذ الدار بالشفعة وكذا عكسه وهو ما اذا كان العبد هو البائع فله لولا الشفعة
 لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء أحد ههنا من صاحبه بئرا اذا كان على العبد دين لانه يفيد ملك
 العبد للعبد لكون المولى لا عاك ما في يد العبد المدين أو لكون العبد أحق به بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين
 والعبد بائع لان بيعه لولا ولا شفعة ان يبيع له بخلاف ما اذا اشترى لانه ابتيع له وقد بينا ان من ابتاع
 أو ابتيع له لا تبطل شفعة قال رحمه الله (وصح تسليم الشفعة من الاب والوصي والوكيل) وهذا عند
 أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد وزفر رحمه الله لا يجوز وهو على شفعة اذا بلغ الصغير
 أو بلغ الخمر أو كل وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصي عند العلم بالشراء لزفر ومحمد
 رحمه الله في الاب والوصي أن هذا ابطال لحق الصبي فلا يصح كالنفق عن قوده واعتاق عبده وبراء
 غريمه ولان ولاية تصرفهما نظرية والنظر في الاخذتين ألا ترى أنه شرع لدفع الضرر فكان في ابطاله
 احاق الضرر به فلا عاك وله ما أن الاخذ بالشفعة في معنى التجارة بل عيها ألا ترى انه مبادلة المال
 بالمال وترك الاخذ بها ترك التجارة ترك البيع عند ما يقال للاب بعتك هذا
 المال لابنك الصغير بوضعه أنه لو أخذ بالشفعة ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز فكذلك اذا سلمه اليه
 بل أولى لانه اذا أخذه ثم باعه منه كانت الهدية على الصبي وفي الاول على البائع أو على المشتري ولان هذا
 تصرف دائر بين الضرر والنفع فيحمل أن يكون التركة أنفع باقضاء الثمن على ملك الصغير فيملكه كالاخذ
 بخلاف النفق عن القود وأخيه لانه ضرر محض غير متردد لانه ابطال بتفسير عوض وهذا هو من يفسده
 وهو الثمن فلا يضره وسكوتهم ما كابطالهم لان السكوت من عاك الاخذ بالشفعة دليل الاعراض
 وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله قيل جاز التسليم بالاجماع
 لان النظرمة عين فيه وقيل لا يجوز التسليم بالاجماع وهو الاصح لانه لا عاك الاخذ فلا عاك التسليم
 كالأجنبي وان بيعت بأقل من قيمتها بمسألة كثيرة فمن أبي حنيفة رضي الله عنه لا يصح تسليم الاب
 والوصي ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله وهكذا في الهداية وفي الكافي قال ذكر في الحصر والمختلف
 اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء بأقل من قيمته بكثير فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز أيضا ان تناع
 عن ادخاله في ملكه لانه لا يملكه الا من يملكه فم يكن تبرعا وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع بماله
 ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله وقال في النهاية لم يصح التسليم منهما على قول أبي حنيفة رحمه الله
 لا يصح التسليم أيضا على قول محمد وزفر رحمه الله لانهم لا يريان تسليم الاب والوصي شفعة الصغير
 جازا فيما اذا بيعت بمثل قيمتها فلا يجوز فيما اذا بيعت بأقل من قيمتها أولى ولو كان المشتري هو الاب
 لنفسه كان له أن ياخذ بالشفعة لابنه الصغير مالم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير وكذا لو اشترى لابنه
 الصغير كان له أن ياخذ بالشفعة مالم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير وهو أن لا يكون فيه غبن فاحش
 لانه معتبر بشرائه وبيعه مال الصغير لنفسه وفي الشراء يشترط أن لا يكون فيه غبن فكذا في الاخذ
 بالشفعة والوصي كالأب في هذا لأنه يشترط في حقه أن يكون فيه الصغير نفع ظاهر حتى اذا كان بمثل
 القيمة لا يجوز لما ذكرنا أنه يعتبر بشرائه وبيعه مال الصغير لنفسه في الاب والوصي اذا اشترى مال الصغير
 لنفسه بمثل القيمة لا يجوز وكذا اذا باعه من نفسه بمثل القيمة لا يجوز حتى يكون أكثر منه في الشراء وفي
 البيع أقل وفي الاب يجوز بمثل القيمة فيهما فكذا الاخذ بالشفعة ثم كيفية طلبه أن يقول اشتريت
 وأخذت بالشفعة متصلا بكلامه ولو باع كل واحد منهما مال الصغير أو ماله نفسه ليس له أن ياخذ

بالشفعة لا لنفسه ولا للصغير لما ذكر أن من باع أو بيع له فلا شفعة له ولا الصغير أن يطلب الشفعة إذا بلغ
 فيما إذا باع مال نفسه لا مال الصغير وكذا إذا كان في الشراء غيب كان الصغير أن يطلب الشفعة إذا بلغ
 لأن كل واحد منهما ليس له أن يأخذه للصغير فلا تبطل شفعة الصغير بسكوته ولو كان البائع مال
 الصغير وصى القاضي كان لوصي الميت أن يأخذه بالشفعة لأنه ليس بمائع فلا يمنع وأما الوكيل فالمراد به
 ههنا الوكيل بطلب الشفعة وأما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته أعراض
 بالاجماع ثم الوكيل بطلب الشفعة إنما يصح تسليمه إذا كان في مجلس القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله
 وعند أبي يوسف رحمه الله يصح في مجلس القاضي وغيره وعند محمد وزفر رحمه الله أن تسليمه لا يصح
 أصلاً لأنه أتى بضمانه فصار كالوكاله باستيفاء الدين فأمر الوكيل عن الدين وهما يؤولان إليه
 توكيل بالشراء لأن الأخذ به شراء والوكيل بالشراء أنه لا يشتري فكذلك أنه أن يترك الشفعة
 غير أن أبا يوسف رحمه الله يقول هو وكيل مطلقاً فينفذ تصرفه مطلقاً في مجلس القاضي وغيره وأبو
 حنيفة رحمه الله يقول إن الوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصوص ولا تعتبر الخصوصية إلا في مجلسه
 فلا يكون وكيل في غير مجلس الحاكم وهذا الخلاف بينهما هو نظير الخلاف في إقرار الوكيل بالخصوصية
 على موكله ولو أقر هذا الوكيل وهو الوكيل بطلب الشفعة على موكله بأنه سلم الشفعة جاز إقراره عليه
 عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله إذا كان في مجلس القاضي وإن كان في غيره فلا يجوز إلا أن يخرج
 من الخصوصية وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز مطلقاً وقال زفر رحمه الله لا يجوز مطلقاً وهي مسألة إقرار
 الوكيل بالخصوصية وموضعها كتاب الوكالة وهي معروفة والله أعلم بالصواب

كتاب القسمة

وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة لاقتداء والاسوة لاقتساء قال رحمه الله (هي جمع نصيب شائع في
 معين) وهذا في الشريعة وسببها طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص لأن كل
 واحد من الشركاء يستنع بنصيب غيره فالطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع
 غيره عن الانتفاع بنصيبه فيجب على الحاكم أن يجيبه إليه وركنهما هو العمل الذي يحصل به الإقرار
 والتميز بين النصيبين كالكيل والوزن والعدو والذرع وشرطها أن لا تفوت المنفعة بالقسمة فإذا كانت
 تنوبها منفعته لا يتقسم بجزء كالبر والرحا والحمام ونحو ذلك لأن الفرض المطاوب منها هو غير المنفعة
 فإذا أدت إلى فواتها لم يجز الحاكم عليها وهي جائزة بالكتاب قال الله تعالى ونبتهم أن الماء قسمة بينهم
 وقال تعالى وإذا حضر القسمة وبالسنه لأنه عليه الصلاة والسلام بأمرها في الغنائم والموارث وعلى
 جوازها انعقد الإجماع ولأن فيه إنصاف الشركاء وإظهار العدل بإيصال الحق إلى مستحقه فكان واجبا
 وحكماً لجميع نصيب كل واحد منهم حتى لا يكون لكل واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه قال رحمه الله
 (وتشتمل على الإفراز والمبادلة وهو الظاهر في المثل فيأخذ حظه حال غيبة صاحبه وهي في غير ذلك
 يأخذ أي القسمة تشتمل على تميز الحقوق والمبادلة والتميز هو الظاهر في ذوات الأمثال حتى كان لأحد
 الشريكين أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والمبادلة هي الظاهر في غير المثل كالتياب والعقار
 والحيوان حتى لا يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والدليل على أن فيه معنى الإفراز والمبادلة أن ما يأخذه
 كل واحد منهما يشتمل كل جزء من أجزائه على النصيبين فكان نصفه ملكه ولم يستفده من جهة
 صاحبه فكان إفرازاً والنصف الآخر كان لصاحبه أخذه عوضاً عما في يد صاحبه من نصيبه فكان مبادلة
 ضرورة لأن معنى الإفراز والتميز في المكيلات والوزونات والمعدودات المتقاربة أظهر لعدم التفاوت
 بين أبعاضه لأن ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب شريكه مثل حقه ضرورة ومعنى فأمكن أن يجعل
 عين حقه ولهذا جعل عين حقه في القرض والصرف والسلم لأنه لو كان مبادلة لما صح في القرض

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة
 من حيث أن كلاً منهما من
 نتائج النصيب الشائع ألا
 ترى أن أقوى أسباب الشفعة
 الشراكة في نفس المبيع وتقدم
 الشفعة على القسمة لما أن
 التملك بالشفعة ربما يكون
 سبباً للقسمة والسبب مقدم
 على المسبب اه اتقاني
 (قوله وهي جائزة بالكتاب
 والسنه) أما الكتاب فقوله
 تعالى واعلموا أنما غنمتم من
 شيء فإن لله خمسة وللرسول
 وانما يعلم الخمس من أربعة
 الانحياز بالقسمة اه
 اتقاني (قوله فأمكن أن
 يجعل عين حقه) أي
 لا استواء ما في تناقض المصالح
 والأغراض بهما اه اتقاني

(قوله وكذا لو كانا اشترياه) أي تم اقتسامه اه اتقاني (قوله جاز لا حدهما أن يبيع نصيبه صراحة) أي بعد القسمة اه اتقاني (قوله سواء كان من ذوات الامثال أولا) قال في الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة أنواع قسم لا يجبر الآبي كقسمة الاجناس المختلفة وقسمة يجبر في ذوات الامثال كالمكليات والموزونات وقسمة يجبر الآبي في غير المكليات كالنصاب من نوع واحد والبقر والغنم والخيارات ثلاثة خيار شرط وخيار عيب وخيار رؤية ففي قسمة الاجناس المختلفة ثبت الخيار اجمع (٣٩٥) وفي قسمة ذوات الامثال كالمكليات

والموزونات ثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية وفي قسمة غير المكليات كالنصاب من نوع واحد والبقر والغنم ثبت خيار العيب وهل ثبت خيار الرؤية والشرط على رواية أبي سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى وعلى رواية أبي حفص لا يثبت اه اتقاني قوله يثبت الخيار اجمع أقول لانها مبادلة من كل وجه كما قاله الشارح وقوله في القسمة الثانية يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية أقول انما ثبت له خيار العيب للوقوع الضرر به بخلاف خيار الشرط والرؤية اذ لا فائدة في اثباته بالعدم الضرر وفي قسمة غير المكليات يثبت خيار العيب بالاتفاق ويثبت خيار الرؤية والشرط أيضا على الصحيح قلت واعلم وجهه أن الغالب فيهما معنى المبادلة بخلاف قسمة ذوات الامثال فان معنى الافراز غالب والله الموفق اه (قوله) وأبعد عن تهمة مواضعة الخ) قال في الهداية وأبعد عن التهمة اه أي تهمة

للافتراق قبل قبض أحدهما موضحين ولا في السلم والصرف طرمة الاستبدال فيهما وكذا في قضاء الدين جعل المقبوض عين حقه حتى يجري فيه الجبر ولو كان غيره لما جرى اذ لا يجبر أحد على المعاوضة وكذا جاز لا حدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو كان مبادلة لما جاز وكذا لو كانا اشترياه جاز لاحدهما أن يبيع نصيبه صراحة على حصته من الثمن ولو كان مبادلة لما جاز ومعنى المبادلة في غير المثلثي أظهر للتفاوت فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما يبين فلا يمكن إجراء الأحكام التي ذكرناها في المثلثي لأنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة بطلب بعضهم لما فيه من معنى الافراز وفيها تسكيل المنفعة والمقاصد متقاربة لا اتحاد الجنس وجاز الاجبار عليها ورفع الضرر عنهم والمبادلة قد يجري فيها الاجبار دفعا للضرر كالأخذ بالشفعة وقضاء الدين لان المقبوض ليس عين الدين حقيقة وانما هو بدل عنه وهذا لان الطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه وأن يمنع الغير عن الانتفاع بذلك فيجب على القاضي أن يجيبه وان كان أجناسا مختلفة لا يجبر عليهم الفحص للتفاوت في المقاصد فلا يمكن اعتبار الافراز فيه فكانت مبادلة من كل وجه ولا جبر فيها مع امكان الوصول الى حقه ولو تراخوا عليهم جاز لان الحق لهم قال رحمه الله (ويجبر في متعدد الجنس عند طلب أحد الشركاء كالأب في غيره) أي اذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الآبي على القسمة في متعدد الجنس سواء كان من ذوات الامثال أولا ولا يجبر في غير متعدد الجنس كالغنم مع الابل لما بينهما من المعنى قال رحمه الله (ونصب نصيب قاسم رزقه في بيت المال ليقسم بالأجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فأشبهه رزق القاضي ولان منفعة تعود الى العامة كمنفعة القضاة والمقاتلة والمفتين فتسكون كفايته في بيت المال لانه أعدها لصالحهم كمنفعة هؤلاء قال رحمه الله (والانصب قاسم يقسم بأجر بعد الرأس) أي ان لم ينصب قاسم رزقه في بيت المال نصب قاسم يقسم بأجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وليس بقضاء حقيقة حتى جازل القاضي أن يأخذ الأجر على القسمة وان كان لا يجوز له على القضاء ألا ترى أنه لا يترض عليه أن يقسم بينهم بالمباشرة ومباشرة القضاء فرض عليه ويقدر له القاضي أجر مثله كيلا يطمع في أموالهم ويتحكم بالزيادة والافضل أن يرزق من بيت المال لانه أروح وأرفق بالعامة وأبعد عن تهمة مواضعة القاضي مع القاسم وقوله بعدد الرأس أي تجب عليهم الأجرة على عدد الرؤوس ولا تتفاوت بتفاوت الانصبا وهو ما عند أبي حنيفة رضي الله عنه على ما يجي بيانه من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ويجب أن يكون عدلا أميناعالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من الاعتماد على قوله والقدر على القسمة وذلك بالامانة والسلم قال رحمه الله (ولا يمين قاسم واحد) لانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله. وهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم أن يستأجروه ولان القسمة فيهما معنى المبادلة وهي تشبه القضاء على ما بينا ولا جبر فيهما ولو اصابا لموافقا قسموا جاز لما ذكرنا أن فيهما معنى المبادلة وهي تشبه القضاء فتجوز بالتراضي كسائر المعاوضات والتحكيم الا اذا كان فيهم صغير لان تصرفه لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه قال رحمه الله (ولا يشترك القسام) أي عندهم القاضي من الاشتراك لا يتضرر الناس لان الأجرة تصير بذلك غالية

(٣٩٥ - زيلبي خامس) المبل الى أحد المتقاسمين لسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة قاله السيد اه (قوله ولو اصابا لموافقا قسموا) أي بلا قاسم القاضي اه اتقاني (قوله جاز) أي لان الحق لهم اه فاية (قوله الا اذا كان فيهم صغير) أي فلا تجوز القسمة حينئذ بنراضهم لانه لا ولاية لهم على الصغير فلا بد حينئذ من الرجوع الى القاضي حتى يأمر من يقسم بينهم اه اتقاني وكتب ما نصه يخط قارئ الهداية رحمه الله تحت قوله صغيرا أو مجنون أو غائب اه

(قوله لانهم اذا اشترى كوايتوا كاون) النوا كل أن يكل بعضهم الاصل الى البعض قاله الاتقاني رحمه الله (قوله عند أبي حنيفة) وقول مالك كقول أبي حنيفة ذكره أبو القاسم بن الجلاب البصري اه غايه (قوله وقال على قدر الانصاء) وبه قال الشافعي وأحمد وأصبغ المالكي اه عني وكتب مانعه وعره (٣٦٦) الاختلاف تظهر فيما اذا كان المال بين ثلاثة لاحدهم سدسه وللاخر ثلثه وللاخر نصفه

لانهم اذا اشترى كوايتوا كاون وعند عدم الشركة يتبادرون اليها خشية الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك ثم اجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبي حنيفة رحمه الله وقال على قدر الانصاء لانه مؤنة الملك فيستقدر بقدره كاجرة المكيال والوزان وحفر البئر المشترك وحمل الطعام المشترك وغسل الثوب المشترك ونفقة الشيء المشترك وكسب الجدار المشترك وتطمين السطح المشترك ولان المقصود بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكثير أكثر فتكون مؤنته عليه أكثر وهذا نظير زوائد العين المشتركة لما كان ما يحصل منها لصاحب الكثير أكثر كانت مؤنة العين عليه أكثر ولا ي حنيفة رحمه الله أن الاجر مقابل بالتميز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر باعتبار كسور فيه فيستعذر باعتباره ألا ترى انه لا يتصور تميز القليل من الكثير الا بما يفعله فيهم - ما فيه معلق الحكم بأصل التميز لان عمل الافراز واقع لهم - ما جلة بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو متفاوت والمكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف فلا يرد وان لم يكن للقسمة فالاجرة مقسمة على المكيل والوزن لا بالتميز وعمل الكيل والوزن يتفاوت ولو أطلقنا الجواب ولم نفرق بين أن يكون الكيل والوزن للقسمة أو لغيره وأوجبنا في السكك على قدر الانصاء كان العذر له فيه ما ذكرنا من أن الاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو متفاوت فلا يلزمه واليه مال شمس الأئمة السرخسي ومال بعضهم الى الاول فأوجب الاجر على السواء ان كان للقسمة والافعل قدر الانصاء وفي الجمل الاجر مقابل بالنقل وهو يتفاوت بخلاف التميز وفي الغسل مقابل بالتنظيف فيتم قدر الملك لانه يتفاوت وبخلاف النفقة لانها لا يبقا الملك فتفاوت بتفاوتة وفي البناء والتطمين الاجر مقابل بنفس البناء والتطمين وهو مقدر بالمكان بخلاف التميز والزوائد تولد من الملك فتستحق بقدر الملك وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الاجرة على الطالب للقسمة دون الممتنع لان الطالب هو المنتفع بالقسمة دون الآخر قال رحمه الله (ولا يقسم العقار بين الورثة باقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال لا يقسم باقرارهم لان اليد دليل الملك لانه في أيديهم والافراد دليل المصدق ولا منازع لهم فيقسم بينهم فصار كما اذا كان الموروث منقولاً أو كان العقار مشترى وهذا لانهم لا ينكر انهم ولا بينة الا على المنكر فلا تفيد البينة بلا انكار لكنه يذكري كتاب القسمة أنه قسمة باقرارهم - لم يقتصر عليهم ولا يتعداهم حتى لا يعتق أمهات أولاده ولا مدبره لعدم ثبوت موته في حقهم بخلاف ما اذا كانت القسمة بينة ولا ي حنيفة رحمه الله أن القسمة قضاء على الميت اذا تركه بمقتضى على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة تنفذ وصاياه فيها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالافرار منهم ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وقد أمكن ذلك بحصول أحدهم خصمها عن الميت وغيره عن أنفسهم لان الوارث نائب عنه واقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة اذا كان في قبولها فائدة ألا ترى انه لو ادعى انسان على ميت ديناً فأقر الوارث بذلك فأقام المدعى بينة تقبل بينته لانها تثبت الدين على الميت حتى يقدم على الورثة كلهم ويأحم الغرماء ولا كذلك اذا كان نبوته باقرار الوارث فانه لا يثبت الا في حقه خاصة وكذا الجواب لو كان مكان الوارث وصي والمسئلة بجاله بخلاف المنقول لان في القسمة فيه نظرا لانه يخشى عليه القلف وفي القسمة حفظ وجعله

نصفه فأجرة القسام عليهم أثلاثا عند غيره وعندهما اسداسا اه غايه (قوله باعتبار كسور فيه) فلما كان كذلك لم يلتفت الى القلة والكثرة لان في صعوبة كل خفاء فاعتبر بأصل التميز وهما فيه سواء كما في السفر لما كان في المشقة خفاء أدير الحكم على نفس السفر اه اتقاني (قوله فلا يلزمه) قال في مختصر الاسرار قال أبو حنيفة أجرة القسام على عدد الرؤس دون الانصاء الا في المكيل والموزون فانها تكون على عدد الانصاء اه اتقاني (قوله حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة الخ) وتقضى منها الديون ولهذا الوأوصى به بعد لانسان ثمن مات وهو يخرج من ثلثه ثم زادت قيمته قبل القسمة لم يسلم كله وبعد القسمة ينقطع حق الميت بالكلية حتى كانت الزيادة لمن وقع في قسمة فاذا تعدى التصرف الى الميت بتطوع حقه لم يكن بدين اقامة البينة بخلاف الموروث المنقول لان في قسمته نظرا للميت لحفظ ماله لانه لو هلك هلك على الميت ولا هلاك في

العقار اه غايه **فرع** التركة قبل القسمة بمقتضى على ملك الميت لكنها تصير ملكا للورثة من وجه كما سيأتي مضمونا بعد ورقة في الشرح اه **فرع آخر** الزوائد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملك الميت حتى لو كانت التركة شجرة فأثمرت كانت الثمرة حتى تقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه اه بدائع في القسمة (قوله لو كان مكان الوارث وصي) يعني اذا اقر الوصي بدين على الميت يدعيه انسان يكلف المدعي اقامة البينة ويكون الوصي خصمه اه وان كان مقرا اه

أن المبيع بعد القبض ليس
على ملك البائع (١) فيه
حق ملك فقسم بقولهم
ووجه رواية الجامع الصغير
أنهم اعترفوا بالملك للبائع
وادعوا التمسكه اليهم فلا
يقبل الاينة كما ادعوا
الميراث والفرق بينهما أن
قسمة الميراث تنقض الحكم
بالموت وذلك يتعلق به أحكام
كثيرة منها حلول الدين وعتق
أمهات الاولاد والمديرين
وهذه الأحكام لا يجوز أن تنافيها
بقول الوارث فلهذا لم يحكم
في الميراث بقولهم وليس
كذلك الشراء اه (قوله ولم
يذكروا كيف اتفق اليهم)
يعني لم يذكروا سبب الانتقال
اليهم من الشراء والارث
وغیره ما وذلك لان من في
يده شيء فظاهر أنه قد قبل
قوله في القسمة اه انتفى
(قوله وهذا رواية كتاب
القسمة) أي من المبسوط
اه انتفى (قوله ثم قيل
هو الخ) أي المذكور في
الجامع الصغير وهو قوله لم
يقسمها حتى يقيم البينة
على الملك قول أبي حنيفة
خاصة لا قوله لان عند أبي
حنيفة في الميراث لا يقسم
بدون البينة وهذا العقار

في يد مسمى لم يقسمها وسجني بيانها بعد هذا اه اتقاني

(١) قول المتن في معنى ذلك هكذا في الأصل وأعمل في العبارة تنقذ الفتح

الموت ويدعيه فيما بابه هو ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما عنه سمع عن الميت
 فيما في يده والآخرة عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وصح القضاء لقيام البينة على
 خصم حاضر وفي الشراء قامت على خصم غائب فلا تقبل ولا يقضى عليه وأما إذا كان العقار في يد الوارث
 الغائب فلأن في القسمة قضاء على الغائب باخراج الشيء من يده من غير خصم حاضر عنه وكذا إذا كان
 بعضه في يده والباقي في يد الحاضر وكذا إذا كان في يده مودعه أو في يد الصغير أو شيء من نفسه لانه يكون قضاء
 على الغائب أو على الصغير من غير خصم حاضر عنه لان الامين أو الصغير ليس بخصم ولا فرق في هذا
 الفصل بين إقامة البينة وعدمها في الصحيح وفي بعض روايات المبسوط وغيره يقسم إذا أقام الحاضرون
 البينة على الموت وعدد الورثة لأنها قامت لاثبات ولاية القاضي في تركه الميت قبل ولا لان الورثة
 ينتصبون خصم سمع عن الميت وينتصب بعضهم خصم سمع عن بعض وقبلها يكون الورثة كلهم حضورا فلولم
 يقبل القاضي البينة لتضرروا وهو مدفوع وجوابه ما بينا وأما إذا حضر وارث واحد فلانه لا يصلح أن
 يكون محاصما ومحاصما فكذا لا يصلح مقاسما ومقاسما فلا بد من حضور شخصين على ما بينا لانه ان كان
 خصم سمع عن نفسه فليس أحد بخصم عن الميت والغائب وان كان خصم سمع عن محاصم فليس أحد بخصم عن
 نفسه ليقم البينة عليه فتعذر الحكم بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين وعن أبي يوسف رحمه الله أن
 القاضي ينتصب عن الغائب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار وجه الظاهر أن التركة قبل القسمة
 وان كانت مبقاة على حكم ملك الميت صارت ملكا للورثة من وجه حتى لو أعتق واحد منهم عبد آمن
 التركة قبل القسمة نفذ عتقه في نصيبه فكان كل واحد منهم طالبا للدار تفاق في نصيبه فتكون القسمة
 على هذا التقدير قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه ولأن جازل القاضي نصب الوصي من حيث
 انه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث انه دعوى على شركائه الغيب فلا يجوز له نصب
 الوصي بالشك بخلاف ما إذا ادعى أجنبي على الميت دين بحيث يجوز له نصب الوصي عن الميت لانه دعوى
 على الميت من كل وجه والقاضي أن ينصب الاوصياء عن الموتى لاعتناء الاحياء واذا تعذر نصب الوصي
 والواحد لا يصلح خصما عن الميت وعن سائر الشركاء وان يكون مدعيًا ومدعى عليه تعذر قبول البينة
 لانها لا تقبل من غير خصم حاضر ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم
 اذا أقيمت البينة لان الدعوى على الصبي الطاهر صحيحة كالصغير الحاضر الا أنه عجز عن الجواب فينصب
 القاضي عنه وصيا لهيب عنه نفسه بخلاف ما إذا كان الصغير غائبا لان الدعوى عليه غير صحيحة
 كالصغير الغائب وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثالث في الدار وطلب القسمة وأقام البينة على
 الميراث والوصية يقسم لان الموصى له شريك في الدار فصار كواحد من الورثة فانتصب هو خصم سمع عن
 نفسه والوارث عن الميت وعن بقية الورثة فصار كالوارث وان ولو حضر الموصى له وحده وادعى
 لا تسمع بينته ولا يقسم لعدم الخصم عن الميت ذكره في الذخيرة قال رحمه الله (وقسم بطلب أحدهم
 لو انتفع كل بنصيبه) لان فيما تكمل المنفعة اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة فكانت
 القسمة حقا لهم فوجب على القاضي اجابتهم قال رحمه الله (وان تضرر الكل لم يقسم الا برضاهم)
 وذلك مثل البر والرحا والحائط والحمام لان القسمة لتكامل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعه
 بالنقض وهذا لان الطالب للقسمة متعنت وهو يريد ادخال الضرر على غيره مع ذلك فلا يجيبه الحاكم
 اليه لانه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر ويجوز بالتراضي لان الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم ولكن
 القاضي لا يباشر ذلك وان طالبوا منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا سيما اذا كان فيه انحرار
 أو اضعاف المال لان ذلك حرام ولا ينعهم من ذلك لان القاضي لا يمنع من أقدم على اتلاف ماله في الحكم
 وهذا من جملة قال رحمه الله (وان انتفع البعض وتضرر البعض لقله تحظه قسم بطلب ذي الكثرة فقط)

(قوله ولا فرق في هذا الفصل)
 أي في أنه لا يقسم اذا كان
 العقار في يد الوارث (قوله
 اذا أقام الحاضرون البينة
 الخ) واليه ذهب صاحب
 الفتاوى حيث قال وان كانت
 الدار في يد الغائب أو في يد
 الصغير أو في أيديهم مما منها
 شيء فإنه لا يقسم حتى تقوم
 البينة على الميراث وعدد
 الورثة بالاتفاق اه غايه

القسمه جميعها وتراضيا بذلك
وليس نصيب كل منهما عما
يقتضيه فان القاضي يقسم
ذلك بينهما لان الملك لهما
وقد تراضيا بهذا الضرر وان
طلب أحدهما القسمه وأبى
الآخر لم يقسم القاضي بينهما
لان الطالب تمتعت بمضر
بالآخر وان كان الضرر
يدخل على أحدهما بأن
كان نصيبه قليلا بحيث
لا يبقى مقتضاها بهد القسمه
ونصيب الآخر كثير يبقى
مقتضاها بهد القسمه فطلب
صاحب الكثير القسمه
وأبى الآخر فالقاضي يقسم
وان طلب صاحب القليل
وأبى الآخر لا يقسم هكذا
ذكرنا لخصاف يعني في أدب
القاضي وذكرنا لخصاصي
على عكس هذا وما ذكره
الخصاف أصح وذكر في
قسمه الواقعات دار بين
شريكين لأحدهما كثير
والآخر قليل لا يقتضيه نصيبه
بهد القسمه طلب صاحب
الكثير القسمه وأبى صاحب
القليل قسمت الدار بينهما
بالاتفاق فان طالب صاحب
القليل وأبى صاحب الكثير
قال الكرخي في مختصره لا
يقسم واليه مال الفقيه

أبو الليث وجعل هذا قول أصحابنا وبه أخذت شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام الأسعجاني وذو كرا الحاكم الجليل في مختصره أنه يقسم
واليه ذهب شيخ الإسلام نحواهر زاده وعالمه الفتوى وهذا خلاف ما ذكر في أدب القاضي إلى هنا لفظ القضاوى الصغرى وقال الحاكم
التبليد في مختصره إذا كم وقال أبو حنيفة إنما أمتنع القسمة إذا كان الضرر عليهم بما جيعا وإن كان الضرر على أحدهم ما دون الآخر
قسمة أي ما طلب القسمة إلى هنا لفظ الحاكم اه غاية

(قوله أو اثنا فقط) فان كانوا كور أو اثنا (٢٧٧) لا يقسم في قولهم الا برضاهم اه قاضيهان (قوله ذكره الخصاص) قال الخصاص

ولو كان الرقيق كالجنس الواحد لتبين كالشويين والفرسين وقسمة الغنائم تجري في الاجناس فلا تازم
لان حق الغنائم يتعلق بالمالية دون العين حتى كان الامام ان يبيع الغنائم ويقسم الثمن بينهم وفي غير
الغنائم ليس له ان يبيع ملك غيره الا باذن صاحبه فامتنع القسمة فيه لانها مبادلة وهذا الخلاف فيما اذا
كان الرقيق وحدهم وليس معهم شيء آخر من العروض وهم ذكور فقط أو اناث فقط وأما اذا كانوا
مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع لان الذكور والاناث من جنس آدم جنسان لا اختلاف
المقاصد على ما عرفت ولا يقسم بالجنسان وان كان مع الرقيق شيء آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق
تبعاً لغيرهم بالاجماع ويجبرهم القاضي بطالب البعض وكم من شيء يدخل تبعاً وان لم يجز دخوله قصدا
كبيع الشرب والطريق يدخل في بيع الارض تبعاً ولا يجوز بيعه وحده وأما الحمام والبئر والراحا فلما
ذكرنا من اساق الاضرار بالكل قال رحمه الله (دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحائوت قسم كل
واحد على حدة) أما الدور المشتركة فالمدكور هنا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد
رحمهما الله تقسم الدور بعضهم في بعض اذا كانت في مصر واحد وكانت القسمة أصل لهم لان الدور
جنس واحد نظر الى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى أجناس نظر الى اختلاف الأغراض وتفاوت
منفعة السكنى باختلاف المحال فكان مدفوعاً الى رأي القاضي وهذا لان المقتر في القسمة تكميل المنفعة
والمبادلة فيها وفي المالية المقصود دفع الضرر عن الشركاء واذاق قسم كل دار على حدة ربعاً يتضرر كل
واحد منهم لتفرق نصيبه واذاق قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار واحدة وينتفع
بذلك والقاضي نصب ناظر افكان الرأي اليه ولا يحنيفة رحمه الله أن الدور أجناس مختلفة لان
المقصود يختلف باختلاف المحال والبحران والقرب الى المسجد والماء اختلافاً فافاضاً لا يمكن التمسيد
في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم في دار الا بالتراضي ألا ترى أن التوكيل بشراء دار لا يجوز
وكذا التزوج بها كما هو الحكم في التوكيل بشراء ثوب وفي التزوج على ثوب وهذا يؤذن بأن الجنس
مختلف فهذا هو الأصل لا امتناع القسمة ولا تجوز الا في متحد الجنس فيقسم كل مكمل وموزون ومحدود
متقارب كالقبح بقسم بانفراده وكذا الشعر ولا يجمع بينهم في القسمة الا بتراضهم وكذا الابل والبقر
والغنم يقسم كل جنس منه بانفراده ولا يجمع لما ذكرنا وكذا الثياب الهريفة والمروية وتبر الذهب والفضة
والنحاس والاواني منها يقسم كل جنس على حدة ولا يجمع بين الاجناس لما ذكرنا واختلاف بيوت
دار واحدة لا يمنع القسمة لان في قسمة كل بيت على حدة ضرراً وكذا اذا كانت في محل أو محال لما ذكرنا
من الضرر والتفاوت أيضاً يسير بخلاف الدور والمنازل المتلازمة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين
الدار والبيت فأنشد شمس من كل واحد منهما والدار في مصرين لا تقسم بالاجماع فيماروا هلال
وعن محمد رحمه الله أنها تقسم وأما الدور والضيعة أو الدور والحائوت فلا خلاف بالجنس ذكره
الخصاص رحمه الله وقال في اجارة الأصل إن اجارة الدار بمنافع الحائوت لا تجوز وهذا يدل على أنها
جنس واحد فيجوز أن يكون في المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا فيها على شبهة المجانسة قال رحمه
الله (ويصور القاسم ما يقسمه) أي على قرطاس ليكنه حفظه قال رحمه الله (ويعدله) أي يسويه
على سهام القسمة ويروي ويعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره قال رحمه الله (ويذرعه ويقوم البناء) لان
قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتها ليكنه التسوية في المالية (١) ولا بد
من تقويم الارض وذرع البناء لما ذكرنا قال رحمه الله (ويشرك كل نصيب بطريقة وشربه) لان القسمة
لتكامل المنفعة وبه تكمل لانه اذا لم يفرز يبقى لنصيب بعضهم يتعلق بنصيب الآخر فلم يحصل الانفصال من
كل وجه وهذا بيان الافضل فان لم يفرزه أو لم يمكن جاز قال رحمه الله (ويلقب الانصبا بالاول والثاني

في أدب القاضي ان كانت
دار وأرض أو دار وحائوت
لم يجمع نصيب كل واحد من
ذلك في أحد الصنفين وقسم
كل واحد من ذلك بينهم على
حده الى هنا لفظ الخصاص
رحمه الله وانما خص الخصاص
بالذكر لان المسئلة لم تذكر
في كتب مسجد ولا ذكرها
الطحاوي والكرخي في
مختصرهم ما اه غايه (قوله)
وهذا يدل على أنهم ما جنس
واحد أي فاذا كانا جنسا
واحدا يقسمان قسمة
واحدة (قوله في المتن ويلقب
الانصبا بالاول الخ) قال
العلامة حافظ الدين النسفي
مؤلف المتن رحمه الله في
شرح النافع المسمى بالمستصفي
ما نصه قال الشيخ الامام شمس
الدين الكردري صورته اذا
كان لاحدهم نصف والاخر
ثلث وللاثنان سدس ويلقب
النصف بالاول والثالث
بالثاني والسدس بالثالث
فان خرج السدس أولاً
يدفع من السهم الاول وهو
النصف فان خرج بعده
النصف يضم الى ما يليه حتى
يتم له النصف ويدفع الى
صاحبه ثم وثم الخ اه فقوله
في المتن فمن خرج اسمه أولاً
فله السهم الاول ظاهر فيما
اذا خرج أولاً اسم صاحب
الاول وهو النصف في هذا
المثال أما اذا خرج أولاً اسم
صاحب الثاني وهو الثلث

والثالث

أو الثالث وهو السدس فليس له السهم الاول بل لمن السهم الاول لا كله وهو ظاهر فتنبيهه والله الموفق اه

(١) قول الشارح ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء كذا في النسخ وصوابه العكس كما هو ظاهر اه من هامش بعض النسخ كتبه محققه

والثالث ويكتب أساميهم ويقرع فن خرج اسمه أولا فله السهم الأول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني (فأقرعة تطيب قلوبهم حتى لو قسم الامام بلا قرعة جازلانه في معنى القضاء فيما لا الزام واقب الانصاء
 يتمكن من الزام عند خروج قرعة كل واحد منهم وكيفيته أن ينظر الى أقل الانصاء فيقرعه أجزاء
 السهم حتى اذا كان المقار مشتركين ثلاثة نفر لا أحد منهم النصف ولا الآخر الثلث ولا الآخر السدس
 جعله أسداسا لانه أقل فيكون لصاحب النصف ثلاثة أسداس ولصاحب الثلث سدسان والثالث
 السدس يلحق بالنصيب من أي جانب شاء بالاول ثم الذي يليه بالثاني ثم الذي يليه بالثالث ثم يكتب أسامي
 الشركاء ببطاقات فيطوى كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرج جهاتها حتى اذا انشفت
 وهي مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها في وعاء أو كفة ثم يخرج واحد بعد واحد فن خرج اسمه أولا فله
 السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني الى أن ينتهي الى الاخير فان خرج أولا في المثال الذي ذكرناه
 اسم صاحب النصف كان له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالاول وان خرج ثانيا كان له كذلك
 من الذي يلي الاول وان خرج ثالثا كان له كذلك من الذي يلي الثاني وعلى هذا كل واحد منهم ولا يقال
 تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام لانا نقول لا يحصل الاستحقاق بالقرعة لان الاستحقاق كان
 ثابتا قبله وكان للقاضي ولاية الزام كل واحد منهم النصيب وانما يصير اليه تطيب قلوبهم وهذا ليس
 بقمار وانما القمار على زعمهم اسم لما يستحقون به شيئا لم يكن لهم قبل لا مثل هذه فانهم مشروعة كما أخبر
 الله تعالى حكايته عن يونس وزكريا عليهم الصلاة والسلام والقمار غير مشروع قال رحمه الله (ولا تدخل
 في القسمة الدراهم الا برضاهم) لانه لا شركة فيها وبشوت به التعديل أيضا في القسمة لان بعضهم يصل الى
 عين المال المشترك في الحال ودراهمهم الاخرى في الذمة فيخشى عليها التوى ولان الجنس بين المشتركين
 لا يقسم فبانظرك عند عدم الاشتراك وانما كان أرض وبناء فحين أبي يوسف رحمه الله أنه يقسم باعتبار
 القيمة لانه لا يمكن اعتبار التعديل فيه الا بالتقويم لان تعديل البناء لا يمكن بالمساحة وعن أبي حنيفة
 رحمه الله أن الأرض تقسم بالمساحة والمساحة هي الاصل في المسوحات ثم ردمن وقع في نصيبه البناء
 أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية
 له في المال ثم علك تسمية الصداق ضرورة صحة التزويج وعن محمد رحمه الله أنه يرد على شريكه بمقابلة
 البناء ما يساويه من العرصه فاذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن تغلب العرصه بقيمة البناء فيقتد
 بردد دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل وهو القسمة بالمساحة الا بالضرورة وهذاوافق
 رواية الاصل قال رحمه الله (وان قسم ولا أحد منهم مسيل أو طريق في ملك الآخر لم يشترط في القسمة
 صرف عنه ان أمكن والافسخت القسمة) لان المقصود من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل منهم
 بنصيبه وقطع أسباب تعاقب حق كل واحد منهم بنصيب غيره فان أمكن صرفه حصل ذلك والام يحصل
 فكانت القسمة مختلة فتعين النسخ والاستئناف لنفي ضرر الاختلاط بخلاف البيع حيث لا يفسخ ولا
 يفسد البيع فيما اذا لم يتمكن المشتري من الاستطراق أو من تسهيل الماء لانه المقصود من البيع علك
 الامن ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال ولا كذلك القسمة لان التكامل المنفعة ولا يتصور الا بهما
 ولو ذكر الختوق في الوجه الاول وهو ما اذا أمكن صرفه عن الآخر بأن قال هذا لك بحقوقه كان الجواب
 فيه مثل ما اذا لم يقل بحقوقه فيصرف عنه لان القسمة للتمييز على ما بينا وذلك بان لا يتعلق حق بعضهم
 بنصيب غيره وقد أمكن تحقيقه بصرفه عنه من غير ضرر فيصرف عنه اذا قال له خذ هذا بطريقه
 وشربه ومسيله فيقتد لا يصر عنه لانه أثبت له بأبلغ وجوه الاثبات بخلاف البيع اذا ذكر فيه
 الحقوق حيث يدخل فيه ما كان من الطريق والمسيل لانه أمكن تحقيق معنى البيع فيه وهو التمليك مع
 بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني وهو ما اذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه يدخل الطريق

(قوله فعن أبي يوسف أنه
 يقسم) أي كل ذلك اه (قوله
 ثم ردمن وقع في نصيبه البناء)
 أي دراهم على الآخر بقدر
 فضل البناء لانه أكثر قيمة
 من العرصه غالباً اه غاية
 (قوله أو من كان نصيبه
 أجود) أي سواء كان هو
 الذي أصابه البناء أو أصابه
 العرصه اه (قوله لا ولاية
 في المال) أي مال اليتيم اه
 (قوله ولا يشترط فيه الانتفاع
 في الحال) أي كمن اشترى
 بخساً أو مهر صغيراً أو أرضاً
 مسجدة فإنه يجوز اه

(قوله بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها (٢٧٢) بدون ذكره) أي ذكر الحقوق اه (قوله أن يجعل بمقابلته شيء من العلو) أي بان

والمسيل لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التخصيص باعتبار أنه تكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعليق باعتبار ما لا يدخل من غير تخصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون ذكره لان كل المتصور فيها الانتفاع وهو لا يحصل الا بدخول الحقوق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في ادخال الطريق في القسمة بان قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى مشتركا مثل ما كان قبل القسمة نظريه الحاكم فان كان يستقيم أن يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع الحصة قسم تكميل المنفعة وتحقيق الافراز من كل وجه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقين جاءتهم ليحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر عرض باب الدار بطوله أي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم حناحي نصيبه ان كان فوق الباب لا فيما دونه لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولان في ذلك القدر كفاية في الدخول فكذا في السلوة فيبقى ملكهم في الطريق على قدر سهامهم من الدار لان القسمة وقعت فيما وراءه ولم تقع فيه فبقى على الشركة كما كان ولو شرطوا أن تكون الطريق في الدار على التفاوت جاز وان كانت سهامهم في الدار متساوية لان القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة وان كان ذلك أرضا يرفع قدر ما يرفع ثور لوقوع الكفاية به في المرور قال رحمه الله (سفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد يقوم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة) وهذا قول محمد وعليه الفتوى وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يقسم بالذرع لان القسمة بالذرع هي الاصل في المذرع والكلام فيه والمعتبر التسوية في أصل السكنى لافي المرافق والمجدرجه الله أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبر والسرداب والاصطبل وغيره فصار كالجانبين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة ذراع من سفل بذراع من علو وقال أبو يوسف ذراع بذراع قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره فان أبو حنيفة أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد أجاب على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدان وقيل هو اختلاف حجة بينهم فان أبو حنيفة يقول اصحاب السفل منافع كثيرة وهي تبقى ايضا بعد انهدام العلو والعلو لا يبقى بعد انهدام السفل فكانت منفعته ضعف العلو واصحاب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى وأبو يوسف يقول هما مستويان في الانتفاع فان لكل واحد من صاحب العلو والسفل أن يفعل ما لا يضر بالآخر حتى كان لصاحب العلو أن يبنى اذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب السفل أن يحفر اذا لم يضر بصاحب العلو فاستويان في الانتفاع فيستويان في القسمة ومحمد يقول العلو والسفل بناء والمادة في قسمة البناء بالقيمة لان في بعض البلدان قيمة العلو أكثر كافي مكة ومصر وفي بعضها قيمة السفل أكثر كافي الكوفة وقيل في موضع أكثر النداء وفيه والسج يختر العلو وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح فيه يختار السفل وربما يختلف ذلك أيضا باختلاف الاوقات كالصيف والشتاء فلا يمكن اعتبار المعادلة فيما لا بالقيمة ثم قول محمد رحمه الله لا يحتاج الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة أن يجعل بمقابلته شيء من العلو مجرد قدر ثلثه من البيت الكامل لان السفل عند ضعف العلو فيقابل السفل من البيت الكامل ثلثي العلو المجرد فبقى العلو من البيت الكامل يقابل الباقي من العلو المجرد وهو الثلث فاستويان ويجعل بمقابلته شيء من السفل المجرد قدر ثلثيه من البيت الكامل لان السفل منه مثل السفل من السفل المجرد فلا يتفاوتان فبقى الثلث من السفل المجرد يقابل العلو من البيت الكامل ويجعل بمقابلته شيء من العلو المجرد قدر نصفه من السفل المجرد لان السفل يقابل ضعفه من العلو وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بمقابلته شيء من

يجعل بمقابلته مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلثا ذراع من البيت الكامل لان الذراع الواحد من البيت الكامل بمقابلته ثلاثة أذرع من العلو المجرد فاذا ضربت الثلاثة في ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع يكون مائة فيستوي الثلاثة والثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل مع مائة ذراع من العلو المجرد اه (قوله فيقابل السفل) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث ثلثي العلو وهو ستة وستون وثلثان اه (قوله فبقى العلو من البيت) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اه (قوله يقابل الباقي من العلو المجرد) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اه (قوله فاستويا الخ) فيجعل بمقابلته مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون ذراعا وثلث ذراع من البيت الكامل ويجعل بمقابلته مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون ذراعا وثلثا ذراع من البيت الكامل ويجعل بمقابلته مائة ذراع من العلو المجرد خمسة ذراعا من السفل المجرد اه (قوله من السفل المجرد) أي وهو مائة ذراع اه (قوله قدر ثلثه) أي وهو ستة وستون وثلثان اه (قوله لان السفل منه) أي من الكامل (قوله فبقى الثلث) أي وهو ثلاثة

وثلاثون وثلث اه (قوله وتفسير قول أبي يوسف) قال الاتقاني وقول أبي يوسف أظهر لانه يجعل العلو والسفل سواء السفل فيكون خمسة ذراع من البيت الكامل بمقابلته مائة ذراع من العلو المجرد والثلث المجرد اه

أقوله لتصحيح تصرفهما أي فكانا منهن أي (قوله كن علق عتق عبده) أي بكلام رجلين فشهد أنه قد كامهما اه اتقاني
قوله ولأنه لا يصلح أن يكون مشهودا به أي لأن فعل أنفسم الذي هو التمييز لا يصلح مشهودا به اه اتقاني (قوله لأنه غير لازم) أي
حجة الرجوع قبل القبض (قوله بالاجماع) وقيل الخلاف في الكل وهو الأصح (٣٧٣) فلذا أطلق في الكتاب اه عني رحمه الله

(قوله ولو أصر القاني أميته
بدفع المال إلى آخر) أي فقال
دفعته وأنكره المدفوع إليه
اه اتقاني (قوله فلا يقبل
بالاجماع) أي فإذا أقام
البينة يقضي له تمام حقه
اه اتقاني (قوله قالوا وينبغي
أن لا تقبل دعواه أصلا)
قال الاتقاني قال صاحب
الهداية ينبغي أن لا تقبل
دعواه أصلا لتناقضه يعني
أن البينة ترتب على الدعوى
الصحة والدعوى لا تصح
مع التناقض لأنه أقرب باستيفاء
حقه ثم ادعى أنه لم يستوف
واعتذر بعضهم في هذا وقال
التناقض عفو في موضع
الخطأ كالعبد يدعى الحرية
بعد إقراره أنه رقيق وقال
الحاكم الشهيد في الكافي
وقال أبو يوسف ومحمد في
رجل مات وترك دارا وترك
ابن فاقسمها الدار وأخذ
كل واحد نصيبه وأشهدا
على القسمة والقبض
والوفاء ثم ادعى أحدهما شيئا
في يد صاحبه لم يصدق في
ذلك إلا أن يقر صاحبه فعلم
بهذا أن لا تقبل بينته بعد
الإقرار بالاستيفاء كما قال
صاحب الهداية وذلك لأنهما
إذا شهدا على الوفاء فقد أقر

السفل المجرد أو من العلو المجرد قدر نصفه من البيت الكامل فيقابل نصفه العلو ونصفه الآخر السفل
لاستواء العلو والسفل عنده ويحصل عكس الشيء من السفل المجرد قدره من العلو المجرد لما ذكرنا قال
رحمه الله (وتقبل شهادة القاسمين أن أخذوا) أي إذا أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه
فشهد القاسمان أنه استوفى حقه تقبل شهادتهما سواء كانا من جهة القاضي أو من غيره وهذا قول أبي
حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا تقبل وهو قول أبي يوسف وأولاه قال الشافعي رحمه الله
وذكرنا لصاق قول محمد مع قولهما لمحمد أنهم ما شهدا على فصل أنفسهما لتصحيح تصرفهما فلا يقبل
كن علق عتق عبده بفعل غير ذلك الغير على فعله ولهما أنهم ما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو
فعل غيرهما لأن فعلهما التمييز لا غير ولا حاجة إلى الشهادة على التمييز ولأنه لا يصلح أن يكون مشهودا به
لأنه غير لازم وإنما يلزم بالقبض والاستيفاء وهو فعل غيرهما فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه
الله إذا قسم بأجر لا تقبل شهادتهما بالاجماع وإليه مال بعض المشايخ لأنهم ما يدعيان إيفاء عمل استوجرا
عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل قلناهما لا يجزان بهذه الشهادة مغنما إلى أنفسهما
لأن المصوم توافقهما على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وإنما الاختلاف في الاستيفاء
فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أصر القاني
أميته بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر إذا كان
منكرا قال رحمه الله (ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئا في يد صاحبه وقد أقر بالاستيفاء لم يصدق
الابينة) لأن القسمة من العقود اللازمة والمدعي للخطأ يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل
الاجحجة وإن لم يقم بينة استحلف الشركاء لأنهم لو أقروا بذلك لزمهم فإذا أنكروه حلفوا عليه ومن حلف
منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب المدعي فيقسم على قدر حقهما لأن
نكوله حجة عليه كإقراره فلا يكون حجة على غيره قالوا وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لأنه تناقض
وإليه أشار من بعده حيث شرط التحالف أن لا يشهد على نفسه بالاستيفاء ويشير بذلك إلى أنه لو شهد على
نفسه بالاستيفاء لا يتحالفان لأن دعواه لم تصح للتناقض فإذا منع التحالف لعدم صحة الدعوى للتناقض
فمكذبا هنا لأنه قد أشهد على نفسه بالاستيفاء فوجب أن لا تقبل دعواه قال رحمه الله (وان قال
استوفيت وأخذت بعضه صادق خصمه بخلافه) أي لو قال استوفيت حق وأخذت بعضه كان القول
قول خصمه مع عيبه لأنه يدعي عليه الغصب وهو ينكر فالقول قول المنكر قال رحمه الله (وان لم يقر
بالاستيفاء وادعى أن إذا حظه ولم يسلم إليه وكذبه شركه تحالفا فسخت القسمة) لأن الاختلاف فيما
حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن قال رحمه الله (ولو ظهر غبن فاحش في القسمة
فسخ) وهذا إذا كانت القسمة بقضاء القاني فظاهر لا تصرفه فمقيد بالعدل والنظر وأما إذا كانت
بالتراضي ففسخ قيل لا يلتفت إلى قول من يدعيه لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة
لوجود التراضي وقيل فسخ هو الصحيح ذكره في الكافي وقال أبو جعفر الهندي وإن يجوز أن يقال لا تصح
هذه الدعوى لأن القسمة بمعنى البيع فلا تنقض ظهور الغبن الفاحش فيما كافي البيع وإذا وقعت
بالقضاء يجب نقضها بالغبن الفاحش لأنه حصل بغير رضا المالك فصار كبيع الأب والوصي ينقض بالغبن

(٣٥ - زيلبي خامس) كل منهما الوصول حقه إليه بجهة التمام فإذا ادعى أنه لم يصل لم يقبل للتناقض اه (قوله كافي البيع)
قال في الخلاصة وفي الأصل دعوى الغلط في القسمة على ثلاثة أوجه أحدها دعوى الغلط في القسمة بأن يقول قيمت ألف وأنتم قومتوه
بخمسة مائة وهذه الدعوى غير صحيحة كدعوى الغبن في البيع فإنه لا يصح هكذا ذكر في شرح الشافعي قال الفقيه أبو اللبث البخاري إن
هذا غير مذكور في الأصل وإن قيل نسمع فلا وجه صحيح بخلاف الغبن في البيع وإن قيل لا نسمع فلا وجه صحيح كافي البيع وهو الصحيح

والامام خواهر زاده زاده كهذا في نسخهته ولم يرجح أحد الوجهين على الآخر وهذا كله في القسمة بالتراضي فان كانت القسمة بقضاء
القاضي فله الفسخ والثاني لو قال نصيب النصف وما وصل إلى الثالث والسابق في يدك وأنكر الآخر فافترقا وإذا كالبسع والثالث
ادعى أحدهما على صاحبه انه أخذ من نصيبه شيئا بعد القسمة يقيم البينة فان لم يكن خلف الآخر وهذا اذا لم يقرب بالاستيفاء أو بالبراء
أما اذا أقر بالاستيفاء أو بالبراء أو شهد شاهدان على ذلك لم تصح دعواه اهـ (قوله وكذا لو اختلفا في الحدود) أي بأن قال هذا الحد
قد دخل في نصيب صاحبه وقال الآخر لا بل هذا الحد قد دخل في نصيب صاحبه اهـ (قوله والصحيح أن الاختلاف في الشائع) أي
في نصيب أحدهما اهـ (قوله وفي استحقاق بعض معين) (٧٧٤) أي من نصيب أحدهما اهـ قال الاتقاني رحمه الله قال الكرخي

في مختصره فان كانت مائة
شاة بين رجلين نصيبين ميراثا
أو شراء فاقسمها وأخذ
أحدهما أربعين شاة تساوي
خمس مائة وأخذ الآخر
ستين تساوي خمس مائة
فاستحققت شاة من الأربعين
تساوي عشرة دراهم فانه
يرجع بخمسة دراهم في
الستين شاة في قول أبي
حنيفة وأبي يوسف ومحمد
أيضا فتكون الستون شاة
بينهما يضرب فيهما هذا
بخمسة دراهم ويضرب فيه
الآخر بخمسة مائة درهم
الاخمس دراهم الى هنا لفظ
الكرخي رحمه الله وهنا لا
تنقض القسمة بالاتفاق
لان الاستحقاق اذا ورد على
شيء معين لا تنقض القسمة
وقد ورد على شاة بعينها
فيوجب الرجوع بنصف
قيمة الشاة المستحقة لتحقيق
المعادلة وتبين أن بينهما ألفا
الا عشرة دراهم وقد وصل
الى صاحب الستين خمس مائة
والى صاحب الأربعين

الفاحش ويجوز أن يقال تصح هذه الدعوى لان القيمة معتبرة في باب القسمة لتمتع القسمة على سبيل
المعادلة لان التعديل يكون من حيث القيمة في الاشياء المتفاوتة فاذا ظهر غبن فاحش في القيمة فقد نفدت
شرط جواز القسمة وهو المعادلة فيجب نقضها بخلاف البسع لانه غير مبني على المعادلة في القيمة ولو اقسما
دارا وأصاب كل واحد منهما مائة فادعى أحدهما ما يتا في يدا الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر
فعلية إقامة البينة وان أقام البينة فالاعتبار بالبينة المدعى لانه خارج وان كان قبل الاشهاد على القبض
تخالفوا ففسخ القسمة وكذا لو اختلفا في الحدود وأقاما البينة بقضي لكل واحد منهما بالجزء الذي هو في
يد صاحبه لانه خارج فيه وبينة الخارج أولى وان أقام أحدهما بينة قضى له به وان لم تقم لواحد منهما
بينة تخالفوا فتراد كافي البسع والله أعلم قال رحمه الله (ولو استحق بعض شائع من حظير رجوع بقسطه
في حظ شريكه ولا تفسخ القسمة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف تفسخ القسمة هكذا
ذكر الاختلاف في الجزء الشائع في الاسرار وغيره وذكر القدر في الاختلاف في استحقاق بعض
نصيب أحدهما بعينه والصحيح أن الاختلاف في الشائع وفي استحقاق بعض معين لا يفسخ بالاجماع
ولو استحق بعض شائع في الكل يفسخ بالاجماع فهذه ثلاثة أوجه ومحمد مع أبي حنيفة فيما حكاه أبو
حفص ومع أبي يوسف فيما حكاه أبو سليمان والاول أصح لابي يوسف أنه بالاستحقاق ظهر شريك آخر
والقسمة بدونه لا تصح فصار كما اذا استحق بعض شائع في الكل يحققه أن استحقاق جزء شائع يعدم به
معنى القسمة وهو الافراز ألا ترى أنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب غيره شائعا كما استحقاق الكل
شائعا بخلاف المعين لان ما وراء المستحق بقي مقررا على حاله ليس للغير فيه حق ولهما أن المقصود
بالقسمة التمييز والافراز ولا يعدم بالاستحقاق جزء شائع من نصيب الواحد ولهذا جازت القسمة في
الابتداء على هذا الوجه بأن كان البعض المتقدم مشتركين ثلاثة نفر والبعض المؤخر بين اثنين منهم
فاقسم الاثنان على أن لا يحد عماما لهما من المتقدم والآخر المؤخر أو اقسما على أن لا يحد عماما لهما
من المتقدم وبعض المؤخر مقررا يجوز فكذا هذا وصار كما استحقاق شائع بعينه بخلاف استحقاق الشائع في
الكل لان معنى الافراز والتمييز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض في الكل ولهذا لا تجوز القسمة ابتداء على
هذا الوجه فكذا بقاء لاشء بقيت لتضرر المستحق بتفرق نصيبه في الانصباء ولا ضرر بالمستحق هنا
فوضع الفرق فاذا لم تبطل القسمة يرجع بحسابه على شريكه لانه لو استحق نصيب أحدهم كله يرجع
بدعى الشريك فكذا اذا استحق البعض اعتبار الجزاء بالكل ولما أن ينقض القسمة ان شاء دفع العيب
النشيط لانه اذا رجع على الشريك بحسابه تفرق نصيبه فبقرره ولو باع بعضهم بعض نصيبه
شائعا استحق بعض ما بقي شائعا كان له أن يرجع على الشريك بحسابه وسقط خيار الفسخ يبيع البعض

أربع مائة وتسعون وبقى له خمسة دراهم الى تمام حقه فيضرب في الستين بخمسة دراهم وشريكه بأربع مائة وخمسة وتسعين اهـ وعند
(قوله فهذه ثلاثة أوجه) قال الاتقاني رحمه الله والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه في استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما
جميعا لا تنقض القسمة بالاتفاق وفي استحقاق شائع في النصيبين تنقض القسمة بالاتفاق وفي استحقاق بعض شائع في أحد الطرفين
لا تنقض القسمة عند أبي حنيفة خلافا لابي يوسف اهـ (قوله بأن كان البعض المتقدم الخ) أي فاقسما على أن يأخذ أحدهما مائة
من النصف المتقدم وهو نصف النصف وربع المؤخر يأخذ الآخر ما بقي وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخر فيكون لكل واحد ثلاثة
أثمان جميع الدار لان حقهما بعد نصيب الثالث ثلاثة أرباع جميع الدار وما لا ينعج ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالاطراف في الاولى اهـ

(قوله ولو اقتسم الورثة التركة الخ) في التركة دين وطلبوا من القاضي القسمة وهو يعلم به وصاحب الدين غائب فان كان الدين مستغرقا لا يقسم لانه لا مال لهم وان كان غير مستغرق فالقياس كذلك وهو قول أبي حنيفة ولكنه استحسن وقال قل ما تخاوت تركة عن دين يسير ولا يصح أن يقف عشرة آلاف بين عشرة فينظر الفر يقين ووقف قدر الدين ولا يأخذ كفيلا بشئ من ذلك عنده أم عندهما فأيأخذ كفيلا وان لم يكن الدين معلوما للقاضي سألهم فان قالوا لا القول قولهم ويقسم تمسكهم بالاصل وهو فراغ الذمة فالظاهر دين نقض القسمة لانه يمين أن القسمة قبل أو انها فان أو انها بعد قضاء الدين كذا في المبسوط والخزيرة اهـ (قوله ولو كان الدين غير مستغرق الخ) وفي الخزيرة لو ظهر وارث آخر أو وصي له بالثلث أو الربع وما أشبه ذلك ردت القسمة لانه ظهر أن في التركة شيئا آخر قد اقتسموا دونه وكذا لو ظهر الموصى له بالالف المرسله الا اذا قالت الورثة نحن نقضى حق الغرماء وحق الموصى له بالالف المرسله أما في الوارث الآخر والموصى له بالثلث أو الربع ليس لهم ذلك لان حق الوارث الآخر والموصى له (٣٧٥) بالثلث في عين التركة فلا ينقل الى مال آخر

الابرضاهما وحق الغريم والموصى له بالالف المرسله في المال لا في عين التركة وفي ذلك مال الوارث والتركة سواء ولهذا قالوا ولو كان مال آخر لم يدخل في القسمة ليس للغريم والموصى له بالالف نقض القسمة (قوله الا اذا بقي من التركة الخ) وتحرر هذا يا أي في آخر كتاب الصلح اهـ (قوله في المتن ولوتها يا في سكني دار الخ) شرع في المهاياة وهي قسمة المنافع بعد بيان قسمة الاعيان لانه يحتاج اليها وقد اعيان لان العين أصل لكونه قائما بنفسه والمنافع أعراض لا تقسم بنفسها بل بالعين اهـ غاية (قوله ويختارها) يعني الشريك ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الآخر اهـ (قوله واجماع الامة) أي والمعقول اهـ

وعند أبي يوسف يرجع على ما في أيديهم بحسابه ويضمن حصصهم بما باع لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالفاصد مملوك فينفذ بيعه وهو مضمون بالقيمة فيضمن لهم ولو اقتسم الورثة التركة ثم ظهر فيها دين يحيط قبيل للورثة اقضوا دين الميت فان قضوه صحت القسمة والا فصححت لان الدين مقدم على الارث فيمنع وقوع الملك لهم فيها الا اذا اقضوا الدين أو أبرأ الغرماء فيمنع تصح قسمتهم لزوال المانع ولو كان الدين غير مستغرق فكذلك الجواب لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يبي بالدين فيمنع تصح القسمة لعدم الحاجة ولو ادعى أحد المتقاسمين للتركة ديناً في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذا الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا بأي سبب كان لم تسمع دعواه اذا الاقدام على القسمة اعتراف منه بأن المقسوم مشترك قال رحمه الله (ولوتها يا في سكني دار أو دارين أو خدمة عبداً أو عبيدين أو غلاماً أو داراً أو دارين صح) التهايو اعلم أن المهاياة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للشيء للشيء والتهايو تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم يرضى به هيئة واحدة ويختارها وهي في الشرع عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة فيما ذكره الشيخ استحسنانا والقياس أن لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بنفسها لان كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضاً عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته ولكن ترك ذلك بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهاياة وأما السنة فاروي انه عليه الصلاة والسلام قسم في غزوة بدر كل بهير بين ثلاثة نفر وكانوا يتهايئون في الركوب وماروي أن الرجل الذي خطب تلك المرأة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلم أنه ليس له صداق الا نصف ازاره فقال له عليه الصلاة والسلام ما تصنع بازارك ان لم يستقم لم يكن عليك منه شيء وان لم يستقم لم يكن عليك منه شيء أي بطريق المهاياة وهذا هو تفسير المهاياة وعلى جوازها اجماع الامة ولان المهاياة قسمة المنافع يصار اليها التكميل استيفاء المنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة في الانتفاع بها فكانت المهاياة جها للمنافع في زمان واحد كالقسمة جميع النصيب الشائع في مكان معين فجزت المهاياة في المنافع مجرى القسمة في الاعيان ولو لم تجز المهاياة لادى الى تعطيل الاعيان التي لا يمكن قسمتها وانها قبيح لان الاعيان خلقت للانتفاع بها وهو ينافي مع ضرورة قسمة الاعيان فيجري جبر القاني فيها كما يجري في قسمة الاعيان الا أن القسمة

(قوله ولكم شرب يوم معلوم) أخبر أن الانتفاع بين قوم صالح وبين الناقة على التساوي وشريعة من قبلنا لم نمنع على أنه شرعنا ما لم يرد النسخ اهـ غاية (قوله وعلى جوازها اجماع الامة) وأما المعقول فلان الاعيان خلقت للانتفاع فحق كان الملك مشتركاً كان حق الانتفاع مشتركاً أيضاً والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك في زمان واحد فيحتاج الى التهايو تكميلاً للانتفاع ولان المنافع ملك مشترك يجوز استيفاءه في العقود جاز وقوع القسمة فيها كالأعيان فان قيل المهاياة عليك منافع بمنافع من جنس واحد فهي اجارة ولا يكره القاضي على الاجارة فلما لا نسلم أنها اجارة لانه مستوف منفعة نفسه بل هي قسمة منافع الاعيان ثم التهايو قد يكون من حيث المكان كالدار الواحدة الكبيرة يسكن أحد شمانا حية منها والاخر ناحية أخرى وقد يكون من حيث الزمان بأن ينتفع أحدهما بالعين مدة والاخر مدة كالدار والارض ونحو ذلك مما يحتمل القسمة وأما فيما لا يحتمل القسمة كالداية الواحدة والعبد الواحد لا تنافي القسمة الامن حيث الزمان اهـ غاية

(قوله لأنه أبلغ) أي لأن قسمة العين أبلغ من قسمة المنفعة في تكميل الانتفاع لاجتماع المنافع في الزمان الواحد وفي التباين يحصل ذلك على التعاقب قال في كتاب الصلح من الشامل ولكل واحد نقض المهايأة بلا عذر إذ لم يرد التمتع لأنه بمنزلة العارية وقال في الكفاية طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايأة قسم الحاكم (٢٧٦) وفسخ المهايأة لأن الأصل القسمة اه اتقاني (قوله جازت) أي سواء ذكر

المدة أولا اه غاية (قوله لا مبادلة) ألا ترى أنه لا يشترط فيه بيان المدة فلو كان مبادلة لا يشترط ذلك لأنه يكون عليك المنفعة بعوض كالأجارة ويشترط التوقيت في الأجارة اه غاية (قوله عارية الخ) العارية ما يكون بغير عوض وهنا بعوض اه (قوله وكذا لو تباين في الزمان في عبد واحد) أي على أن يتخدم هذا يوما وهذا يوما اه (قوله بالاتفاق) أي على أحدهما اه (قوله ولو تباين بينهما على أن نفقة كل الخ) قال في الشامل تباين عبيدين على أن يتخدم كل واحد أحدهما وطعام كل واحد عليه جاز استحسانا لأنه يستقيم أن يتخدمه ويؤتي بطعامه من بيت غيره فيجوز ولو تباين على أن يكون على كل واحد كسوة ما في يديه لا يجوز لأن كسوتهما عليه ما فيكون كل واحد مشتريا نصف الكسوة من صاحبه بنصف كسوة الذي في يديه وأنه مجهول فلا يجوز اه اتقاني رحمه الله (قوله وقيل) قائله الكرخي اه (قوله ولا يجبر اعتبارا بالقسمة) أي لأن عنده قسمة الجيرة فيجوز في الدور

أقوى منه في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد والتباين جميع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشريرين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لأنه أبلغ في التكميل ولو وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لأنه أبلغ ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموتهما لأنهما لو بطلت لاستأنفها الحاكم ولأن الفائدة في الاستئناف ثم لو تباين في دار واحدة على أن يسكن أحدهما بهما والآخر البعوض أو أحدهما العلو والآخر السفلى جازت لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتباين في هذا الوجه إفراز لجميع الانصباء لا مبادلة لأنه لو كان مبادلة لم يصح لأنها لا تجوز في الجنس الواحد نسيئة الربا وقيل هو إفراز من وجه عارية من وجه وانما قيل ذلك خشية الربا وكلا القولين مشكل لأن كل واحد منهما يترتب له من المنفعة فيما أخذه صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور أن يكون إفرازا للكل أو عارية في البعض والعارية أيضا غير لازمة والمهايأة لازمة وقيل هو إفراز من وجه مبادلة من وجه كقسمة الأعيان والأوجه أنها إفراز من كل وجه في المهايأة في المكان ولهذا لا يشترط فيها التوقيت وجاز لكل منهم أن يستغل ما أصابه بالمهايأة على الظاهر شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ما ذكره ولا كذلك العارية والأجارة وفي المهايأة في الزمان إفراز من وجه ويجعل كالمسئمة فرض لنصيب شرير يكره فكان مبادلة من وجه وانما قلنا ذلك لأن معنى الإفراز يتحقق في المهايأة في المكان دون الزمان وكذا لو تباين في زمان في عبد واحد جاز لأنها متعينة في نفسها لا يذللها في المكان والبيت الصغير كالعبد ولو اختلفا في التباين من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما ما أمرهما القاضي بالاتفاق لأن التباين في المكان أعدل لاستئوائهما في زمان الانتفاع وليس فيه تقديم أحدهما على الآخر فكان أعدل وفي الزمان أعدل لأن كل واحد يتنفع في نوبته بجميع الدار فكان أعدل فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا للهمة عن نفسه ولو تباين في عبيدين على الخدمة جاز أما عندهما ماقطاهر لأن قسمة الرقيق جائزة عندهما فكذا المنفعة وأما عند أي خيفة فروى عنه أنه لا يجوز إلا بالتراضي لأن قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده فكذا منفعة والاسخ أن القاضي يهائي بينهما ما جبر اطلب أحدهما لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بينا ولو تباين بينهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا لأن العادة جرت بالمساحة في طعام المالك فلا تنقض الجهالة إلى النزاع ونظيره استئجار الطير بطعامها وكسوتها الجيران العادة بالمساحة لأجل الولد بخلاف كسوة المالك لأنه لا تسامح فيها عادة ولو تباين في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر لأن الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجري الجبر على قسمتهما وكذا عنده لأن المنافع فيهما لا تتفاوت فيجوز ويجبر الأبى منهما ما ويعتبر إفرازا كالأعيان المتقاربة بخلاف القسمة لأن التفاوت في أعيانها فاحش فالتحقت بالاجتناس المتخلفة وصارت مبادلة وقيل عندهما جواز بالتراضي ولا يجبر اعتبارا بالقسمة وعنه أنه لا يجوز التباين فيه أصلا لا بالجبر ولا بالتراضي لأنه يصير بيع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة وذلك لا يجوز على ما مر في الأجارة بخلاف قسمتهما حيث تجوز بالتراضي لأن بيع أحدهما بالآخر جاز وفي الظاهر أن قوله كقولهما وفي الدارين لا يجوز التباين على الركب كعوب عند أبي حنيفة وعندهما

فكذا في القسمة بطريق المهايأة اه غاية (فرع) عما يحفظ في الأخيرة أم بين رجلين خاف كل صاحبه عليه فقال يجوز أحدهما عندل يوما وعنده يوم أو قال الآخر بل نضعها على يدي عدل فيجعل عند كل واحد منهما يوما ولا توضع على يدي عدل قال مشايخنا يحتمل في باب الفروج في جميع المسائل إلا في هذه فإنه لا يحتمل الحشمة ملك اه معراج

(قوله ولو زاد غلة الدار الواحدة في فوبه الخ) ولو تباين في نخل على أن يأكل كل واحد منهما غلة بعضهم الم يجوز لأن غلة النخل قبل وجودها معدومة حقيقة وحكمها لا يتم بحمل موجودة حكمها في حق التملك بوض وهو الاجارة حتى تعتبر موجودة حكمها في حق القسمة وقسمة المعلوم لا تحقق لأنه افرار من وجه مبادلة من وجه وكلا الأمرين لا يتحققان قبل (٣٧٧) الوجود اه ولو اُلجى في الصلح (قوله ان

مسائل التباين اثنا عشر

مسألة) أي غير الثمر واللب

اه مس (قوله والحيلة)

أي في جواز التباين اه قال

صاحب الهداية والحيلة

في جواز التباين أن يبيع

حصته من الآخر ثم يشتري

كلها بعد مضي فوبته أو

ينتفع باللبن استقراضا نصيب

صاحبه يعني يبيع أحده

الشريكين حصته من الشجر

أو الغنم من صاحبه ثم يشتري

من صاحبه بعد مضي

فوبته جميع الشجر أو الغنم

فيحل لكل واحد منهما

ما تناوله لأنه حصل اللب أو

الثمر على ملك المشتري أو

ينتفع باللبن استقراضا

لنصيب صاحبه من الحليب

كل يوم أي مدة معلومة ثم

إذا مضت المدة ينتفع صاحبه

باللبن في مثل تلك المدة

بعضه من نصيب نفسه في

هذه المدة وبعضه مما أقرضه

في المدة الماضية ولكن ينبغي

أن يزن اللب أو يكيله كل

يوم حتى تتحقق المساواة في

الاستيفاء فلا يكون الربا لأن

اللبن يزيد وينقص في الحلب

وقال في قسم الشامل من

المسوطتها ياتي أغانم بينهما

على أن يكون نصيبها عند

يجوز اعتبار بقسمة الأعيان ولا يحنيفة أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم يمين حاذق
وأخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلناه بخلاف العبد والعبدان لأنه يخدم
باختياره فلا يتحمل الزيادة على طاقته والدابة تتحملها وأما التباين في الغلة فنذكر من قريب ان شاء الله
نعالي قال رحمه الله (وفي غلة عبد أو عبيدين أو بغل أو بغلين أو ركوب بغل أو بغلين أو ثمرة شجرة أو لبن
شاة لا) أي لا يجوز في هذه الأشياء التباين أما التباين في غلة عبد واحد أو بغل واحد فلا ان النصيبين
يتعاقبان في الاستيفاء فالظاهر التغير في الحيوان فتفاوت المعادلة بخلاف التباين في استغلال دار واحدة
حيث يجوز في ظاهر الرواية لأن الظاهر عدم التغير في العقار فافترقا ولو زاد غلة الدار الواحدة في فوبه
أحدهما على الغلة في فوبه الآخر يشتركان في الزيادة تحقيقا للتعديل بخلاف ما إذا كان التباين في المنافع
فاستغل أحدهما في فوبه زيادة لأن التباين وقع في المنافع هنا فيجب مراعاة المعادلة فيها وبالتفاوت
في الغلة لا يثبتين فوات المعادلة في المنافع فان الشئين قد يستويان ثم يختلفان في البذل عند العبد
وبخلاف ما لو تباين على الاستغلال في الدارين وفضلت غلة أحدهما حيث لا يشتركان فيه لأن معنى
الافراز راجع في الدارين لا في زمان الاستيفاء فان كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل
إليها صاحبه وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا كأنه أقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على
أن يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني ويجعل كل واحد منهما ما وكيل عن صاحبه في إيجار نصيب
صاحبه فإذا استوفي قدر القرض كان الباقي مشتركا بينهما وأما التباين في استغلال عبيدين أو بغلين
فالمدكور هنا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز لأن المعادلة تمكن بينهما الاتحاد وقتما وكذا تجوز قسمة
رقبتهما عندهما فكذا منافعهما وبذلك صار كالدارين بخلاف التباين في غلة عبد واحد حيث لا يجوز
لأنه لا يتأتى إلا في زمانين فيتموه ثم تغير بل هو الظاهر في الاستغلال لأن العادة جرت بالاستيفاء فيه
فيتم من التعب بخلاف التباين في خدمة عبد واحد حيث يجوز بالاجماع لما ذكرنا ولأن الخدمة يجري
فيها التسامح عادة فلا يلحقه تعب كما يلحقه في الاستغلال فلا يتغير ولا يحنيفة أن التباين في الخدمة
يجوز للضرورة لعدم إمكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لأنه يمكن قسمتها لأن الغلة عين مال ولأنه يتغير
بالاستغلال كما ذكرنا في العبد الواحد فيحصل التفاوت بخلاف الدارين لأن الظاهر عدم التغير في العقار
ولأن التباين في الاستغلال يتمتع عند اختلاف الزمان بأن وقع متعاقبا في عبد واحد فلا يتمتع عند
اختلاف المحل أولى وجهه الآخر أن مسائل التباين اثنا عشر مسألة ففي استخدام عبد واحد جائز
بالاتفاق وكذا في استخدام العبدان على الأصح وكذا التباين في استغلال عبد واحد لا يجوز بالاتفاق
وفي العبدان على الخلاف والتباين في سكنى دار واحدة يجوز بالاتفاق وكذا في غلته أو كذا في سكنى دارين
وفي غلتهما خلاف والظاهر أنه يجوز بالاتفاق وركوب بغل أو بغلين على الخلاف ولا يجوز في استغلال
بغل واحد بالاتفاق وفي بغلين على الخلاف وأما التباين في ثمرة شجرة أو لبن غنم فلا يمان بأقضية ترد
عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة إلى التباين لأن التباين في التسامح ضرورة أنه لا يبقى فيه تغير قسمتها
بخلاف ابن آدم حيث تجوز المهاداة فيه حتى لو كانت جارينان مشتركان بين اثنين فتابا أن ترضع
أحدهما ولأحدهما والآخر ولد الآخر جاز لأن ابن آدم لا قيمة له جري مجرى المنافع والحيلة في الثمار

هذا والنصف عند الآخر يعلف ويشرب لبنها ويجز صوفها لا يجوز لأن اللب بينهما والعلف عليهما فيكون كل واحد منهما مشتركا باللب
صاحبه بنصف العلف الذي عليه واللب يزيد وينقص والعلف مثل فيكون التفاوت فاحشا فيكون مبادلة محضه فكان يبيع لبن بلبن
وصوف بصوف مجاز فة فلا يجوز بعد الحلب والجوز فبقبلهما أولى وقال في الفتاوى الصغرى بقريتين اثنين تواضعا على أن تكون عند كل
واحد منهما خمسة عشر يوما يحلب لهما فافهمها بآلة باطلة ولا يحل فضل اللبن عليهما وان جعل في حل الآن يستهلك صاحب الفضل

فقال ثم جعله صاحبه في حل فثبت محل لان الاول هبة المشاع فما يحتمل القسمة فلم يجوز والثاني هبة الدين وأنه يجوز وان كان مشاعا ونقله عن قسمة الواقعات اه اتقاني (قوله أو ينتفع بالابن المقدر) أي بوزن معاون

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الارض من أنواع ما يقع (٢٧٨) فيه القسمة كالمزارعة عقيب القسمة ولان الارض بعض ما يجري فيه القسمة

ونحوه أن يشترى نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضي ثوبته أو ينتفع بالابن المقدر بطريق القرض في نصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله أعلم بالصواب

كتاب المزارعة

وهي مفاعلة من الزراعة في اللغة قال رحمه الله (هي عقد على الزرع ببعض الخارج) وهذا في الشريعة قال رحمه الله (وتصح بشرط صلاحية الارض للزراعة وأهلية العاقدين وبيان المدة ورب البذر وجنسه وحظ الآخر والتخلف بين الارض والعامل والشركة في الخارج وأن تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الارض لواحد والباقى لآخر أو يكون العمل لواحد والباقى لآخر) وهذا قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا تجوز المزارعة لهما ما روى أنه عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من غرأ وزرع ولا نهى عقد شركة بمال من أحد الشرعيين وعمل من الآخر فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان صاحب المال قد لا يهتمدى الى العمل والمهتدى اليه قد لا يجد المال فست الحاجة الى انه قد هذ القدر بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودور القرض معاملة بنصف الزوائد لانه لا أثر للعمل فيها في حصول الزيادة فلم تحقق الشركة مع أنه ليس فيها عرف وفي المزارعة عمل العصابة والتابعين والصالحين من بعدهم الى يومنا هذا بالانكسر ولا يحنيفة ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المضاربة فقيل ما المضاربة قال المزارعة بالثلث والرابع ولانه استبحار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن عليهم والصلح وهو جائز لان الخارج نوعان خراج وظيفة وهو أن يوظف الامام عليهم كل سنة ويضع عليهم ما يطيق أرضهم والثاني خراج مقاسمة وهو أن يشترط عليهم بعض ما يخرج كالنصف والثلث ونحو ذلك جرائنا والليل على ذلك أنه عليه الصلاة والسلام لم يبين لهم المدة ولو كانت مزارعة لبيدنا لهم لان المزارعة لا تجوز عند من يجيزها الا ببيان المدة على ما بين والليل عليه أيضا ما روى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر برسالة اليهود أن يقرهم بها على أن يكفروا عملها ولهم نصف الثمرة فقال لهم تقرروكم بها على ذلك ما شئنا رواء البخاري ومسلم وأحمد وهذا صحيح بأنهم كانت خراج مقاسمة وانهم كانوا ذمة المسلمين والذي اذا أقر على أرضه بقيت على ملكه وما يؤخذ من أرضه خراج ولفظ البخاري أعطى خيبر اليهود أن يعملوا ما يزرعونها ولهم شطر ما يخرج منها والاعتبار بالمضاربة لا يجوز لان معنى الشركة فيها أغلب حتى صحت بدون شرب المدة ولا تنعقد لازمة أصلا فيكون الربح متولدا من العمل والمال جميعا وعقد الشركة قد يعتد على العمل خاصة كافي شركة الأعمال فطائفة اذا انضم اليه المال ولا كذلك المزارعة لانها اجارة حتى يشترط لها شرب المدة وتنعقد لازمة وانما كان صاحب البذر أن يفسخ العذر والاجارة تفسخ بالاعذار ألا ترى أنه ليس له أن يفسخ بعد ما بذر في الارض فاستنع القياس عليها والحيلة للجواز عنده

ثم بعد قسمة الارض قد يحتاج الى الزراعة فيها كالمزارعة عقيبها اه اتقاني (قوله وهي مفاعلة) أي من زارع من الزرع وهو القاء الحب ونحوه في الارض اه ع (قوله لانه لا أثر للعمل فيها) أي لم يرد الاثر في دفع الغنم والدجاج ودور القرض معاملة بنصف الزوائد اه (قوله فيكون في معنى قفيز الطحان) وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر رجلا حتى يطحن له كرامن حنطة بتقير من دقيقتها ولا شك أن ذلك استبحار العامل ببعض ما يخرج من عمله فكذلك المزارعة والمساقاة اه غايه (قوله ولان الاجر مجهول أو معدوم الخ) وانما قلنا ذلك لان الارض أو الشجر اما أن يخرج شيئا أولا فان أخرجت فلاجرة مجهولة لان قدر الثلث أو الربع لا يعلم كم هو وان لم يخرج فلاجرة معدومة اه غايه (قوله بطريق المن عليهم) يعني أن الم تمكن بطريق المزارعة والمساقاة بل كانت بطريق

الخارج على المن عليهم والصلح لان النبي صلى الله عليه وسلم ملكها غنمية فلو كان أخذها كلها جاز (قوله وتنعقد لازمة) أن قال الاتقاني في أول الزراعة ثم لا بد أن يعرف ركنها وشرائط جوازها وحكمها وصفها فأما ركنها فالإيجاب والقبول ثم ذكر شرائط الجواز ثم قال وأما بيان حكمها فمافتنقول لهما حكمان أحدهما ما ثبت في الحال وهو الملك في منفعة الارض ان كان البذر من جهة المزارع أو ثبت الملك في منفعة العامل ان كان البذر من جهة رب الارض وفي المعاملة ثبوت الملك في منفعة العامل والحكم الآخر ثبت في الثاني وهو الشركة في الخارج وأما بيان صفتها فمافتنقول المعاملة لازمة من الجانبين في الحال حتى ان كل واحد من العاقدين لا يملك الفسخ

الابعد والمزارعة لازمة من قبل من لا بذور من جهته حتى لا يملك الفسخ الابعد وغير لازمة من قبل من له البذر قبل إلقاء البذر في الأرض حتى يملك الفسخ من غير عذر وبعدم ألقى البذر في الأرض تصير لازمة من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الفسخ بعد ذلك إلا بعذر اه (قوله ثم إذا فسدت المزارعة عنده) أي فسد العقد عند أي سبب فبان سقي الأرض وكربها ولم يخرج شيء فله أجر مثله لأنه في معنى إجازة فاسدة قال في شرح الطحاوي فلما لم يجز عنده كان الخارج كله لصاحب البذر فإن كان البذر من قبل رب الأرض فالخارج كله له ويطيّب له ولا يتصدق به لأن ذلك كله غناء ملكه ويجب عليه أجر مثل المزارع وان كان البذر من قبل المزارع فالخارج كله له ويجب عليه أجر مثل الأرض لصاحب الأرض لأنه استعمل الأرض بعد فسادها كان من الخارج بازاء البذر والمؤنة يطيّب له وما فضل من ذلك يتصدق به وأما على قولهما فإن حصل من الخارج شيء يكون بينهما على الشرط وان لم يحصل فلا شيء على رب الأرض ولا على المزارع اه غاية (قوله وأن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد) أي وهو لا يختص به لأن العقد إنما ليصح الأمن الأهل اه هداية (قوله لأنه عقد على منافع الأرض أو العامل) قال في شرح الطحاوي وعقد المزارعة قد يكون استئجار الشخص ببعض الخارج كما إذا كان البذر من قبل رب الأرض وقد يكون استئجار الأرض ببعض الخارج كما إذا كان البذر من قبل المزارع اه غاية (قوله وعند محمد بن سلمة الخ) قال الاتقاني وعن محمد بن سلمة أن المزارعة من غير بيان المدة جائزة أيضا ويقع على سنة واحدة يعني على زرع واحد وبه أخذ الفقيه أبو الليث اه قوله جائزة أيضا يعني كالمعاملة وانظر إلى الحاشية التي كتبها في أول المساقاة فهو ذهبتما والله الموفق اه وكتب ما نصه قال الاتقاني رحمه الله وحكي عن أئمة بلخ أن بيان من عليه البذر وانما يشترط (٢٧٩) في موضع ليس فيه عرف ظاهر أن البذر على من

يكون أو كان العرف مشتركا وكل موضع كان بينهم عرف ظاهر أن البذر يكون على أحدهما يعني لا يشترط بيان من علمه إذا عرف كالمشروط كافي فقد البلد اه (قوله فلا بد من بيان جنس الأجرة) قال الاتقاني أول المزارعة ومن الشرائط بيان ما يزرع في الأرض وهذا قياس وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط فوض الرأي

أن يستأجر العامل بأجر معلوم إلى مدة معلومة فإذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عما وجب له من الأجر في ذمة صاحب البذر فيجوز ذلك بتراضيهم كما في سائر الديون إذا أعطاه خلاف جنسه ثم إذا فسدت المزارعة عنده يجب على صاحب البذر أجر المثل للعامل أو للأرض والغلة لأنها غناء ملكه وقالوا الفتوى اليوم على قولهم ما لحاجة الناس إليها ولتعاملمهم والقياس قد يترتب بالتعامل والضرورة كفاي الاستصناع ثم شرط في المختصر بلخ وأنها عند من يجزها أن تكون الأرض صالحة للزراعة لأن المقصود لا يحصل بدونه وأن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد لأن العقد لا يصح الأمن الأهل وان يبين المدة لأنه عقد على منافع الأرض أو العامل وهي تعرف بالمدة ويشترط أن تكون المدة قدرا يمكن فيها من الزراعة أو أكثر وأن لا تكون قدرا لا يعش إليه مثلها أو مثل أحدهما غالبا وعند محمد بن سلمة لا يشترط بيان المدة وتقع على سنة واحدة وأن يبين من عليه البذر لأن المقصود عليه وهو منافع العامل أو منافع الأرض لا يعرف إلا ببيان من عليه البذر لأنه المستأجر فيبانه يعرف ما وقع عليه عقد الإجازة من منافع العامل أو منافع الأرض وأن يبين جنس البذر لأن الأجرة منه فلا بد من بيان جنس الأجرة وأن يبين نصيب من لا بذور من جهته وهو المراد بقوله وحظ الآخر لأنه أجرة عله أو أرضه فلا بد أن يكون

إلى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة هكذا ذكر شيخ الإسلام في أول شرح المزارعة ثم قال الاتقاني بعد أوراق ما نصه اه والشأن ببيان جنس البذر ليصير الأجر معلوما وذلك لأن الأجر بعض الخارج وإعلام جنس الأجر شرط وهذا قياس وفي الاستحسان ليس ذلك بشرط صريحيه في أول الكتاب قال أبو جعفر الطحاوي في مختصره وإذا استأجر الرجل أرضا عرسا ولم يسم ما يزرع فيها فالزراعة فاسدة فإن اختصها قبل أن يزرع فسخت وإن لم يختص بها فيها حتى زرعت وحصد زرعها وانقضت مدة الإجازة جاز رب الأرض التي وقعت الإجازة به لا شيء له غيره إلى هنا لفظ الطحاوي قال الامام الأسنوني في تعليقه لأن الأرض مما يختلف باختلاف الزرع فرب زرع ينقص الأرض نقصانا كثيرا ورب زرع ينقصها نقصانا قليلا ورب زرع يزيد في الأرض فلا يجوز ما لم يبين فإن اختص ما قبل الزراعة كان لكل واحد منهم ما فسخ الأجرة ولو زرع المستأجر فيها شيء قبل الفسخ تعين ذلك للعقد ولو أجز المسمى من الأجرة وكذلك لو استأجر دابة ولم يسم ما يحمل عليها أو استأجر ثوبا ولم يبين من يلبسه أو استأجر قدرا ولم يبين ما يطبخ فيها أو قال أيضا في شرح الطحاوي إذا دفع الأرض لمزارعة على أن البذر من قبل العامل على أن الخارج بينهما ما وشرط عليه أن يزرع شيئا معلوما فزرع غيره فانه يكون مخالفا سواء أضرر بالأرض أو لم يضر بخلاف ما إذا أجز أرضه بدراهم والفرق بينهما أن الأجرة هنا بعض الخارج والخارج يختلف باختلاف الزرع فإذا شرط الحنطة فقد رضي أن تكون أجزتها حنطة فإذا زرع الشير صار مخالفا ولا كذلك الإجازة بدراهم لأن هناك الإجازة بدراهم كلها فلو بطل العقد انما يبطل لأجل المضرة فإن كان ما زرع فيها يكون في المضرة مثله أو دونه لم يوجد الخلاف وإن كان أكثر من ذلك يكون مخالفا اه

(قوله وكذا إذا شرط أن يرفع قدر بذره) أي ويكون الباقي بينهما نصفين اهـ (قوله والاجر تقابل عمله دون الآلة) يعني لا يكون الاجر بمقابلته البقر بل بمقابلته العمل اهـ (قوله وفي الصورة الثانية يكون صاحب البذر الخ) قال الاتقاني وفي نوادر ابن رستم عن محمد إذا قال غيره آجرتك أرضي هذه مسنة بالثلث أو بالربع فهو جائز والبذر على المزارع ولو قال دفعت إليك أرضي أو قال أعطيتك أرضي من أربعة بالثلث فهو فاسد لأنه ليس فيه بيان من عليه البذر وأنه شرط ولا كذلك الصورة الاولى لان الاجرة تكون على المستأجر لا على المالك اهـ وكتبنا مناضه والبقر غير مستأجرة وإنما استعملها في عمل نفسه وذلك لا يمنع صحة العقد اهـ غاية (قوله أو ماعلى الماذنات والسواقي) الماذنات فارسي معرب أصغر من النهر وأعظم (٢٨٥) من الجدول والسواقي جمع الساقية وهي فوق الجدول دون النهر كذا في المغرب فعلى هذا

يكون الماذنات والساقية من الالفاظ المترادفة وفرق صاحب الفريين بينهما فقال وفي حديث رافع بن خديج كانسرى الأرض بما على الماذنات وفي رواية أخرى بما على السواقي أي بما ينبت على الأنهار السكار والجحيم يسمونها الماذنات وليست ببقرية وليكنها سوادية والسواقي دون الماذنات إلى هنا لفظ الفريين وقال الخطابي في شرح السنن والماذنات الأنهار معربة وقال أحمد بن المطهر الرازي في فوائده مختصر القدوري الماذنات معربة وهي الأنهار العظام سميت بذلك لأنها يتولد منها الأنهار الصغيرة والسواقي الأنهار الصغيرة لأنها كالسقايات والريبع النهر الصغير اهـ غاية (قوله وهو ما إذا كانت الأرض والبقر لواحد) قال

معاوما وأن يحل بين الأرض والعامل لأنه بذلك يتمكن من العمل فصارت نظير المضاربة لا تصح حتى يسلم المال إليه حتى إذا شرط في العقد ما تفوت به الخلية وهو عمل رب الأرض مع العامل لا يصح وأن يكون الخارج مشتركا بينهما لأنه هو المقصود بهما فتعقد جارية في الابتداء وتتم شركة في الانتهاء ولهذا الوشرط لأحدهما قفران مسماة تفسد لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في البعض المسمى أو في الكل إذا لم يخرج الأرض أكثر من ذلك وكذا إذا شرط أن يرفع قدر بذره لما ذكرنا بخلاف ما إذا شرط أن يرفع عشر الخارج أو ثلثه والباقي بينهما لأنه لا يؤدي إلى قطع الشركة وهو يصلح أن يكون حيلة للوصول إلى رفع البذر وأن تكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الأرض لواحد والباقي لآخر أو يكون العمل لواحد والباقي لآخر وهذه الجمل من جهة شروطها وإنما كان كذلك لأن من جوزهها انما جوزهها على أنها اجارة ففي الصورة الاولى يكون صاحب البذر والأرض مستأجر للعامل وبقره تبع له لان اتحاد منفعتيهما لان البقر آلة له فصارت كاستأجر خياط الخياط له بآبته أو صباغ المصبغ له أو بائع صبغ من عنده والاجر يقابل عمله دون الآلة فيجوز والاصل فيها أن صاحب البذر هو المستأجر فتخرج المسائل على هذا كما رأيت وفي الصورة الثانية يكون صاحب البذر مستأجر للأرض باجر معاوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجر بهابذرا عسم في الذمة وفي الصورة الثالثة يكون صاحب البذر مستأجر للعامل وحده بالبقر بأجرة معاومة من الخارج فيجوز كما إذا استأجر خياط الخياط له بقيصا بآبته من عند صاحب الثوب أو طيانا ليطين له بجر من المستأجر قال رحمه الله (فان كانت الأرض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر أو كان البذر لأحدهما والباقي لآخر أو كان البذر والبقر لواحد والباقي لآخر أو شرط لأحدهما قفران مسماة أو ماعلى الماذنات والسواقي أو أن يرفع رب البذر بذره أو أن يرفع الخارج والباقي بينهما فسدت فيما يكون الخارج لرب البذر ولا لآخر أجز مثل عمله أو أرضه ولم يزد على ما شرط) والشيخ رحمه الله لما بين شروط جواز المزارعة بين أيضا الشروط المفسدة لها وبين أن الخارج في الفاسدة منها صاحب البذر لأنه غناء مملوكه وأن لا يخرج المثل ولا يزداد على المسمى لان صاحب البذر هو المستأجر والآخر هو الاجير على ما بينا والواجب في الاجارة الفاسدة أجز المثل لا يزداد على المسمى على ما عرف وعند محمد بالغة ما بلغت وقيل الخارج لصاحب الأرض ويصير مستقرضا للبذر وقابضه باتصاله بأرضه والاول أصح ثم قيل ان كان البذر لصاحب الأرض طاب له الفضل وان لم يكن له لا يطيب له فيتمسك بما زاد على البذر وأجز الأرض وهذه الجمل التي عدتها مفسدة للاجارة أما الاول وهو ما إذا كانت الأرض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر فلا ن صاحب البذر استأجر الأرض واشترط البقر على صاحب الأرض مفسدة للاجارة لان البقر لا يمكن أن يجمل تبع للأرض لان

الاتقاني وفي الفصل الرابع لا يجوز لأنه يصير صاحب البذر هو العامل مستأجر للأرض والبقر ببعض الخارج فيكون البعض بمقابلته البقر مقصودا ولم يرد به الشرع فبقى على أصل القياس وروى عن أبي يوسف في الامالى أنها جائزة وجعل منفعة البقر تبع لمنفعة الأرض كما جعلت تبع لمنفعة العامل فان البقر تبع للأرض في العقد ألا ترى أنه يصح وقف البقر مع الأرض ولا يصح مقصودا اهـ قوله وفي الفصل الرابع أي وهو أن يكون البقر والأرض من واحد والعمل والبذر من آخر اهـ (قوله والعمل والبذر لآخر) قال الكرخي في مختصره ولو كان البذر من قبل العامل وشرط البقر على رب الأرض فان المزارعة فاسدة عند محمد لأنه أجز البقر ببعض ما يخرج الأرض ولا يجوز عنده أن يؤجر غير الأرض ببعض ما يخرج وقال محمد وهذا قياس قول أبي يوسف أيضا

(قوله لان منفعتها الانبات) أي يخلق الله اياها كذلك على هذه الطبيعة اه (قوله ومنفعة البقر الشق) أي وهو اقامة عمل الزراعة بخلق الله تعالى أيضا اه (قوله والباقي لاخر) فهذه المزارعة فاسدة لأنه يصير مستأجر الأرض والبقر والعامل جميعا بالبذر ولم يرد الشرع به اه غاية (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز) أي لانه استجار العامل والأرض ببعض الخارج وكل واحد منهما بما جاز عند الانفاق فكذا عند الاجتماع اه اتقاني (قوله وهو العمل والأرض) فالمزارعة فاسدة لان الشرع لم يرد به اه غاية (قوله والباقي من آخر) قال الاتقاني وكذلك ان كان البقر وحده من أحدهما والباقي من الآخر فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه يجوز ذلك كذا في تحرير المحيط اه (فرع) قال الشيخ ملا مسكين رحمه الله واعلم أن المزارعة على أربعة أوجه وهذا لان ما يقوم به المزارعة أربعة وهي الأرض والبذر والعمل والبقر وبالتقسيم العقلي على سبعة أوجه لانه إما أن يكون الواحد من أحدهما والثلاثة من الآخر وهذا على أربعة أوجه وهو أن يكون الأرض أو العمل أو البذر أو البقر (٣٨١) من أحدهما والباقي من الآخر الأولان

جائزان والثالث غير جائز والرابع غير مذكور في الكتاب وهو غير جائز أيضا وإما أن يكون اثنان من أحدهما واثنان من الآخر وهو على ثلاثة أضرب وذلك أن تكون الأرض مع البذر أو مع البقر أو مع العمل من أحدهما والباقيان من الآخر والأول جائز دون الآخرين اه (قوله والمراد بالخارج هنا هو الموظف) أي لان جواز المزارعة على خلاف القياس بالاثرة وذلك ورد فيها اذا كان الخارج مشتركا أو ما سواه بقي على أصل القياس والأصل في هذا الباب أنه متى شرط شرطاً يوجبهم قطع الشركة عن الخارج يفسد به العقد لان العقد انما انعقد ليصير شركة في الانتهاء ومتى انقطع احتمال الشركة بقي اجارة

منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض لان منفعتها الانبات ومنفعة البقر الشق وبينهما اختلاف وشرط التبعية الاتحاد فصار شرطاً مفسداً بخلاف ما اذا كان البقر مع العامل حيث يجوز لان البقر يمكن جعله تبعاً للاتحاد منفعتها ما لان منفعة البقر صلاحية بتمام العمل كإبرة الخياط وعن أبي يوسف أنه يجوز للتعامل والقياس بتركيبه والظاهر الأول وأما الثاني وهو ما اذا كان البذر لواحد والباقي لاخر وهو العمل والبقر والأرض فلأن التعامل أجبر فلا يمكن أن تجعل الأرض تبعاً لاختلاف منفعتها ما فصار نظير البقر والأرض من واحد والباقي من الآخر وهي المسئلة الأولى وعن أبي يوسف أنه يجوز للتعامل وأما الثالث وهو ما اذا كان البذر والبقر لواحد والباقي لاخر وهو العمل والأرض فلما ذكرنا أن الأرض لا يمكن جعلها تبعاً لعمله لاختلاف المنافع ففسدت المزارعة وهنا وجه آخر لم يذكره في الكتاب وهو أن يكون البقر من واحد والباقي من آخر قالوا هو فاسد وينبغي أن يجوز بالقياس على العامل وحده أو على الأرض وحدها فإنه يجوز أن يستأجر البقر كما يجوز أن يستأجر العامل أو الأرض والجواب عنه أن القياس أن لا تجوز المزارعة لما فيها من الاستجار ببعض الخارج وهو لا يجوز وانما ترك ذلك بالاثرة والاثرة ورد في استجار العامل أو الأرض فبقى ما وراءه على الأصل اذا استجار شيئاً بآجرة غير مشار اليه ولا في الذمة لا يجوز وقد ورد ذلك في استجار الأرض أو العامل في المزارعة فيقتصر عليه وأما اذا شرط لأحدهما ما قفرا مسموماً أو ماعاً على الماشيات والسواقي أو أن يرفع رب البذر بذره أو أن يرفع الخارج فلما بينا أنه يؤدي إلى قطع الشركة في البعض المسمى أو في الكل وشرط صحته أن يكون الخارج كله مشتركاً بينهما والمراد بالخارج هنا هو الموظف بان كان الموضوع على الأرض دراهم مسمومة أو قفرا مسمومة أو منهما وأما اذا كان الخارج خراج مسمومة بان كان الموضوع عليها نصف الخارج أو ثلثه أو نحو ذلك من الجزء الشائع فلا ينسد اشتراط رفعه لانه لا يؤدي إلى قطع الشركة وقد ذكرناه من قبل وهو الخيلة لرفع قدر بذره على ما بينا وكذا اذا شرط لأحدهما التبن ولا يخرج الحب لانه يحتمل أن تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب لأحدهما لانه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرط الحب نصفين ولم يتهر ضالداً التبن صحته لا اشتراكهما فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه غناء ملكه وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط كمنصيب رب المال

(٣٨٢ - زيلعي خامس) محضة بأجر معدوم وانه لا يصح اه غاية (فرع) اذا شرط أن يكون الحب والتبن بينهما نصفين جازت المزارعة ويكون التبن والحب بينهما كما شرط وكذا اذا شرط أن يكون الخارج بينهما أو الزرع أو الربيع بينهما ما جاز ويكون الحب والتبن بينهما لان اسم الخارج يتناولهما اه غاية (قوله ولو شرط الحب نصفين ولم يتهر ضالداً التبن الخ) في ظاهر الرواية يجوز ويكون التبن لصاحب البذر وعن أبي يوسف أنه لا يجوز هكذا ذكر الطحاوي عن محمد لان التبن مقصود كما أن الحب مقصود وجه ظاهر الرواية أن استحقاق من لا بذر له يحكم الشرط ولم يوجد فبقى التبن لصاحب البذر فيصير كأنه ما شرط أن يكون الحب بينهما والتبن لصاحب البذر وذلك جائز لما ذكرنا اه غاية وكتب ما نصه ولو شرط التبن بينهما وسكتا عن الحب لا يجوز لان المقصود هو الحب فالتسكوت عن المقصود يكون بمنزلة التسكوت عنهما وذلك لا يجوز اه اتقاني

(قوله ولو شرط الحب نصفين والتين لزب البذر صحت) وعن أبي يوسف انه لا يجوز أصلاً لأن هذا شرط يؤدي إلى قطع الشركة لا احتمال أن لا يخرج الحب وجه ظاهر الرواية أن النص ورد بجواز المماثلة وأنه شركة في الفرع وهو المردون الأصل وهو الغراس فأمكن القول بجواز مثلهما من المزارعة اه غايه قوله وهو الغراس الأصل هو التين والغراس والفرع هو الحب والثمر لانه متولد منهما اه وكتب مانصه قال الاتقاني وان شرط الحب بينهما والتين لأحدهما بغيره فان شرطاهما لصاحب البذر جاز ولو شرطاهما لأخر فسد اه (قوله ولو شرط التين للعامل) يعني فيما إذا شرط أن الحب (٣٨٣) بينهما نصفان اه غايه (قوله حيث يستحق أجر المثل) الظاهر بهد قوله حيث يستحق أجر المثل لأن أجر المثل الخ (قوله

في المضاربة وقال مشايخ بلح التين أيضاً بينهما اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولأنه تبع للحب فيعطى له حكمه ولو شرط الحب نصفين والتين لزب البذر صحت لأنه شرط لا يخالف موجب العقد لانه باق على حكمه ملكه ولو شرط التين للعامل فسد لأنه شرط يخالف مقتضى العقد فربما يؤدي إلى قطع الشركة بأن تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التين قال رحمه الله (وان صحت فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام قال رحمه الله (وان لم يخرج شيء فلا شيء للعامل) لان المماثلة اجارة أو شركة فان كانت اجارة فالواجب في العقد الصحيح منها المسمى وهو معدوم فلا يستحق غيره وان كانت شركة فالشركة في الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما إذا فسدت المزارعة ولم يخرج الأرض شيئاً حيث يستحق أجر المثل في الذمة وعدم الخروج لا يمنع من وجوبه في الذمة قال رحمه الله (ومن أبي عن المضي أجبر الرب البذر) لان انعقدت اجارة والعقد لازم غير أنها تنسخ بالاعذار فان امتنع صاحب البذر عن المضي فيها كان معذوراً لانه لا يمكنه المضي الا بتلاف ماله وهو القاء البذر على الأرض ولا يدري هل يخرج أم لا فصار نظيره مالواستأجر أجبر اليهم داره ثم امتنع وان امتنع العامل أجبر على العمل لانه لا يلحقه به ضرر فلا يفسخ من غير عذر ثم اذا امتنع رب البذر والأرض من قبله بعدما كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب في القضاء لان علمه ان غاية تقوم بالعقد وقد قومه بجزء من الخارج ولا خارج ويلزمه فيما بينه وبين الله تعالى أن يعطيه أجر مثل علمه لا يكون مغروراً من جهته لانه يتضرر به وهو مدفوع فيفقد براضائه بان يوفيه أجر مثله قال رحمه الله (وتبطل بموت أحدهما) لانها اجارة وهي تبطل بموت أحدهما متعاقدين اذا عقداها لانفسهما وقد بيناه في الاجارة وهذا على إطلاقه هو جواب القياس وفي الاستحسان اذا مات أحدهما وقد ثبت الزرع يبقى عقد الاجارة حتى يستحصل ذلك الزرع ثم يبطل في الباقي لان في ابقاء العقد حتى يستحصل مرعاة الحقيقين فيعمل العامل أو ورثته على حاله فاذا حصل يقسم على ما شرط ولا ضرورة في الباقي فتبطل ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعدما كرب الأرض وحفر الانهار انقضت المزارعة لانه ليس في ذلك اتلاف مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلته العمل لانه يقوم بالخارج ولا خارج فلا يجب شيء بخلاف المسئلة الاولى حيث يفتي براضائه لانه كان مغروراً من جهته بالامتناع باختياره ولم يوجد ذلك هنا لان الموت يأتي بدون اختياره واذا كان على رب الأرض دين فادح ولم يقدر على قضائه الا ببيع الأرض فسخت المزارعة قبل الزراعة وبيعت بالدين لانها تنسخ بالا عذر على ما بينا وهذا عذر وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الانهار بشيء لان المنافع لا تقوم الا بالعقد وتوقعها وقع بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو ثبت الزرع ولم يستحصل لم تبع الأرض بالدين حتى يستحصل الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال ويخبر به القاضي من الحبس ان كان حبسه به لانه لما امتنع ببيع الأرض لم يكن هو عما طالا فلم يكن ظالمًا والحبس جزاء الظلم بالماطلة ولا كذلك لو زرع الأرض ولم تنبت بعد في رواية لانه ليس

المثل لأن أجر المثل الخ (قوله فلا يفسخ من غير عذر) أي عذر تنسخ به الاجارة اه قال الاتقاني الآن يكون هناك عذر عما تنسخ به الاجارة فيكون له فسخ الاجارة كذا في شرح الاقطع اه اتقاني (قوله فينتق) هذا اذا امتنع رب الأرض أمالومات رب الأرض فلا شيء للعامل بمقابلته كرابه كما سيأتي قريباً اه (قوله في المتن وتبطل بموت أحدهما) قال شيخ الاسلام علاء الدين السبكي في شرح الكافي ولو دفع الأرض اليه سنين ثم مات رب الأرض في أول سنة منها بعدما ثبت الزرع لم يكن للورثة أخذ الأرض استحساناً حتى يستحصل الزرع والقياس أن يثبت لهم حق الاخذ لانه ينسخ العقد بموت المتعاقد الا ان يقيناه استحساناً لاجل العذر وعقد الاجارة جواز للعذر فلا يبقى للعذر كان أولى ولهذا قلنا انه لو استأجر سفينة فلما توجه بحلة البحر انتمت مدة الاجارة قدرنا عذر اجارة مبتدأ بأجر المثل لمكان العذر فاذا قدرنا عذر مبتدأ

لاجل العذر فلا يبقى المزارع والورثة على الشرط أولى وانفسخ العقد في السنين الباقية (قوله فادح) الفادح الثقيل يقال لصاحب فدحه الاخر أنه له اه كافي والفادح بالقضاء اه مغرب (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض الخ) قال في شرح الكافي والاعذار ثلاثة المرض الذي يقعد العامل عن العمل وخيانة العامل والدين الذي لا وفاء به عند سوي ببيع الأرض لانه يتعذر حصول الغرض مع هذه الاعذار غالباً فلم يكن في ابقاء العقد فائدة فكان له حق النقض اه اتقاني (قوله ولا كذلك لو زرع الأرض ولم تنبت الخ) قال الاتقاني فاما اذا ألقي البذر في الأرض ولم تنبت بعد كان له أن يبيع الأرض لانه يعلم بتعلقه بحق المزارع ويضمن له بذره على قول أبي يوسف وقال

محمد تقوم الارض مبنورة وغير مبنورة ويضمن ما اراد البذر فيه الا ان يحتاج الى قواع (٢٨٣) حقه عنه الحال فتجب القيمة للحال اه

(قوله وان اتفق أحدهما على

الزرع) أي فيما اذا انقضت

مدة المزارعة والزرع بقل اه

اتقاني (قوله أو أعطه قيمة

نصيبه) أي بابتا اه اتقاني

وكتب ما نصه ويكون الزرع

كذلك اه (قوله فارجع

عليه بما أنفقت) اعلم أن في

الرجوع في حصة المزارع

اشكالا ذكره الشارح في

المسافة عند قوله وتبطل

بالموت فارجع اليه اه

(قوله في المتن ونفقة الزرع

عليه ما بقدر حقه وقه ما الخ)

حاصل الكلام هنا على

ثلاثة أوجه ذكرها الكرخي

في مختصره ما كان قبل بلوغ

الزرع ما يصلح به الزرع فهو

على العامل وما كان بعد

ماتناهي الزرع فهو عليهم ما

وما كان بعد القسمة فهو

على كل واحد منهما في

نصيبه خاصة دون صاحبه

الى هنا لفظ الكرخي رحمه

الله وذلك لان كل ما يحتاج

اليه الزرع قبل بلوغ الزرع

ما يصلح به فهو على العامل

لان ذلك عمل المزارعة وهو

معهود عليه من جهة المزارع

ف يختص به وكل ما يحتاج اليه

بعد تناهي الزرع فهو عليهم ما

على قدر حصصهم فكذا ذلك

النفقة وما يحتاج اليه بعد

القسمة فهو على كل واحد

منهما في نصيبه لان نصيب

كل واحد منهما ما قد عسى

لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا الوامتنع صاحب البذر عن المزارعة
كان عذرا لانه امتناع عن الاستهلاك فصار المزرع مستهلكا والمستهلك ليس بمالك فاذا لم تكن له عين فيها
تباع في الحال في الدين كما تباع قبل الزراعة في الحال وقيل لا تباع حتى يستحصل كالاتباع بعد النبات حتى
يستحصل لان التبذير ليس باستهلاك وانما هو استنماء ألا ترى أن الاب والوصي على كان زراعة مال الصغير
ولو كان استهلاكا كالمالك كان البذر فيه عين مال فلا تباع كالاتباع بعد النبات قال رحمه الله (فان
مضت المدة والزرع لم يدرك فعلى المزارع أجر مثل أرضه حتى يدرك) أي يجب على العامل أجر مثل أرض
الآخر الى أن يستحصل الزرع لان العقد قد انتهى بمضي المدة الا أن في قواعه ضررا فبقيناه بأجر المثل الى
أن يستحصل فيجب على غير صاحب الارض بحصته من الاجرة لانه استوفى منفعة الارض بقدره بخلاف
ما اذا مات أحدهما قبل ادراك الزرع حيث تركه الى أن يستحصل ولا يجب على المزارع شيء لانا بقينا عقد
الاجارة هنالك استحقاقا لبقاء مدة الاجارة فأمكن استمرار العامل أو وارثه على ما كان من العمل أما هنا
فلا يمكن لانقضاء المدة فتعين ايجاب أجر المثل بالبقاء وكان العمل ونفقة الزرع ومؤنة الحفظ وكري الانهار
عليهما لانها كانت على العامل لبقاء العقد لانه مستأجر في المدة فاذا مضت المدة انتهى العقد فيجب عليهما
مؤنته على قدر ملكهما لانه مال مشترك بينهما بخلاف ما اذا مات أحدهما قبل الادراك حيث يكون
الحكم على العامل لبقاء العقد على ما بينا وان اتفق أحدهما على الزرع بغير أمر القاضى وبغير أمر
صاحبه فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولا هو مضطر الى ذلك لانه يمكنه أن ينفق بأمر القاضى فصارت نظير
ترميم الدار المشتركة ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقل ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالآخر
ولو أراد المزارع أن يأخذه بقل قبل لصاحب الارض اقلع الزرع ان شئت فيكون بينكما أو أعطه
قيمة نصيبه أو اتفق أنت على الزرع فارجع عليه بما أنفقت دفعا للضرر عنده ولو مات المزارع قبل
دراك الزرع فاورثته أن يعمل أو مكانه نظرا لهم ولا أجر لهم لانا بقينا العقد نظرا لهم فقسام وامتنامه وهو
لا يستحق الاجر في المدة فكذا هم وان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لانا بقينا العقد نظرا لهم واذا
تركوا النظر لانفسهم كان لهم ذلك وكان للآخر الخيارات الثلاثة نظرا له على ما بينا قال رحمه الله (ونفقة
الزرع عليهم ما بقدر حقوقهما كاجرة الحصاد والرافع والدياس والتذرية) أي يجب عليهم ما نفقة الزرع على
قدر ملكهما بعد انقضاء مدة المزارعة كما يجب عليهم ما أجرة الحصاد والرافع والدياس مطابقة من غير قيد
بانقضاء مدة المزارعة أما نفقة الزرع بعد انقضاء المدة فلما ذكرنا وأما وجوب الحصاد والرافع والدياس
والتذرية عليهم ما طاقا فلان عقد المزارعة يوجب على العامل عملا يحتاج اليه الى انتهاء الزرع ليزداد الزرع
بذلك فيمتناهي وجوب العمل عليه بتناهي الزرع لحصول المقصود فيسبق بعد ذلك ما لا مشتركا بينهم فيجب
مؤنته عليهم قال رحمه الله (فان شرطاه على العامل فسدت) أي شرط العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع
كالخصاد والرافع والتذرية والدياس لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فافسد وانما قلنا
ذلك لان العقد يقتضى عمل المزارعة وهذه الاشياء ليست من أفعال المزارعة فكانت اجنبية فيكون
شرطها مفسدا كشرط الحبل والطنخ على العامل وعن أبي يوسف أن المزارعة مع شرط الحصاد والدياس
والفسدية جائزة ومشايخ بلخ كانوا يفتون بهذه الرواية ويريدون على هذا ويقولون يجوز شرط التنقية
والحبل الى منزله على العامل لان المزارعة على هذا الشرط متعامل بين الناس ويجوز تولد القياس
بالتعامل ألا ترى أن الاستصناع يجوز للعامل واختار شمس الأئمة السرخسي رواية أبي يوسف وقال
هو الاصح في ديارنا ولو شرط الجداد على العامل أو الحصاد على غير العامل لا يجوز بالاجماع لعدم التعامل
ولو أراد فصل الفصيل أو جداد القمر بسرا أو التقاط الرطب كان ذلك كله عليهم لانهم ما أنما لمسا عزم

فيكون مؤنته عليهم خاصة اه اتقاني (قوله ولو أراد فصل الفصيل الخ) التفصيل اسم لكل زرع بعد النبات قبل الادراك اه اتقاني

وكتب ما نصه قال الاتقاني وقد قال الوشرط في المزارعة عملها جميعا فالمزارعة فاسدة لان البذر ان كان من قبل العامل فهو مستأجر

الأرض فإذا شرط عمل صاحبه لم يسلم ما أجر وذلك يمنع صحة الإجارة وإذا كان البذر من قبل رب الأرض واشترط عمله فلم يخل بين المزارع والأرض ومن شرط المزارعة التخلية وصار كالمضاربة إذا شرط فيها عمل رب المال انهما تفسد فكذلك المزارعة كذلك في شرح الاقطع اه

(٣٨٤) كتاب المساقاة

على التصيل والجدا بغير افسار كالمضاربة الادراك والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب المساقاة

وهي مفاعلة من السقاية قال رحمه الله (هي معاودة دفع الاشجار الى من يعمل فيها على أن الثمر بينهما) يعني في العرف قال رحمه الله (وهي كالزراعة) حتى لا تجوز عند أبي حنيفة كالزراعة وعندهما تجوز وشروطها عندهما شروط المزارعة في جميع ما ذكرنا الا في أربعة أشياء أحدها إذا امتنع أحدهما بحجر عليه لانه لا ضرر عليه في المضي بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر إذا امتنع والثاني إذا انقضت المدة بترك بلا أجر ويعمل بلا أجر على ما بين وفي المزارعة بأجر على ما بينا والثالث إذا استحق الخيل يرجع العامل بأجر مثله والمزارع بقيمة الزرع والرابع في بيان المدة فإنه إذا لم يبين فيها المدة يجوز استحسانا لان وقت ادراك الثمر معلوم وقل ما يتفاوت فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن به وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بخلاف ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف والانتفاء مبني عليه فتدخل الجهالة الفاحشة وبخلاف ما إذا دفع اليه غرسا قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تنافوا فاحشا فلا يمكن صرفه الى أول ثمرة تخرج منه وبخلاف ما إذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها حتى تذهب أصولها ونبتها لانه لا يعرف متى ينقطع النخيل أو الرطبات لان الرطبة تنمو مادامت متركة في الأرض فتكون المدة مجهولة فتفسد المساقاة وكذا إذا أطلق في الرطبة ولم يزد قوله حتى تذهب بخلاف ما إذا أطلق في النخيل حيث يجوز وينصرف الى أول ثمرة يخرج منه والفرق أن ثمرة النخيل لا دراكه وقت معلوم فينصرف اليه ولا يعرف في الرطبة أول جزء منه لانه لا يعرف متى يجز حتى لو كان معروفا جاز له عدم الجهالة فصار كبذره وغمار النخل ولو أطلق في النخيل ولم يثمر في تلك السنة انقضت المعاملة فيها لان انتفاء مدتها فان سميا فيها مدة يعلم أن الثمر لا يخرج في تلك المدة ففسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الثمار وان ذكر كرامة قلنا لا يلزم العرف فيها جازت المزارعة لعدم التيقن بقوات المقصود ثم ان خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لحصة العقد وان تأخر فللعامل أجر المثل لنسداد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كالوعد من الابتداء بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا لان الذهاب بأقصة سماوية فلا يتبين أن العقد كان فاسدا فيسبق العقد صحته ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال رحمه الله (وتصح في الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعي في الجديد لا تجوز الا في النخل والكرم ولا تجوز المزارعة الا بعبء المساقاة لان القياس بأباهم الما قال أبو حنيفة رحمه الله في المزارعة وانما يجوزناهما بالاثرو وهو حديث خبير وقد خصهما وله أصل في الشرع وهو المضاربة والمساقاة أشبه بهما من المزارعة فان في الشركة في الزيادة دون الأصل وهو النخل كما في المضاربة والشركة وفي المزارعة لا يتأتى ذلك لان

قال الاتقاني قال في شرح الطحاوي المساقاة عبارة عن المعاملة ببلغة أهل المدينة ولاهل المدينة لغات يختصون بها فيقولون للزراعة مخاربة والاجارة بيعا والمضاربة مقارضة والصلاة سجدة ثم قال ولا ينبغي له أن يشترط العمل على صاحب الكرم فإذا اشترط ففسدت المعاملة لان التخلية لم توجد ولو اشترط شيئا على المساقى مما يتبقى منفعته وراء المدة فإنه لا يجوز نحو القاء السرقين ونصب العرائش وتقليب أرض الفسراس وغرس الاشجار وما أشبه ذلك فان المعاملة فاسدة وكذا لو اشترط قطف العنب على العامل فإنه يفسد المعاملة فإذا فسدت فالتاريخ كله لصاحب الكرم ويجب عليه أجر المثل اه (قوله والرابع في بيان المدة الخ) قال الاتقاني في أول المزارعة وفيما إذا دفع الأرض معاملة ففي القياس لا يجوز من غير بيان المدة وفي الاستحسان يجوز ويتبع على أول مرة يخرج في تلك السنة فعلى

جواز الاستحسان فرق محمد بن المزارعة والمعاملة فأوقع المعاملة على ثمرة واحدة وما أوقع المزارعة على زرع واحد في سنة شرط واحدة اه (قوله وادراك البذر الخ) قال الاتقاني والبذر بالذال ما يبذر بالبذر بالزاي بزرا البقل وغيره كذا في الديوان وغيره وقد وقع سماعنا هذا في هذا الموضع بالذال اه (قوله حتى تذهب أصولها) أي فخرج من ذلك فهو بينهما نصفان فهو فاسد اه غاية (قوله ونبتها) أي ينقطع نبتها اه (قوله فتفسد المساقاة) الا ان بين المدة اه (قوله وكذا إذا أطلق في الرطبة) يعني لم يبين مدة اه (قوله ولم يزد قوله حتى تذهب) أي فان المساقاة فاسدة يعني اذا لم يكن للرطبة حزمة معصومة واذا كانت معصومة جازت كما سيجي في كلام الشارح رحمه الله اه (قوله وقال الشافعي في الجديد لا تجوز الخ) وفي التسيديم تجوز في كل شجرة لها ثمر اه اتقاني

(قوله ولان الاصل الخ) يعني لو كان الامر كما زعم الشافعي بان يكون الارخص النخل والمكرم ولكن الاصل في النصوص التعليق وانما جوزت المعاملة في النخل والمكرم بعملة الحاجة والعلة عامة في غيرهما فتجوز في الرطاب والبادنجان أيضا لوجود الحاجة فيهما ما اه غاية (قوله في المتن فان دفع نخلا فيه ثمرة الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا دفع الرجل الى رجل نخلا فيه طلع معاملة بالنصف فهو وجاز وان لم يسم شيئا فهو على المعاملة حتى يبلغ فاذا بلغ فهو بينهما نصفان وكذلك لو دفعه اليه وقد صار بسرا أخضر وكذا لو دفعه اليه وقد صار أجرا لانه لم يتناه عظمه فهو له تمامه جازة وهو بينهما نصفان فاذا دفعه وقد انتهى عظمه وليس يزيد على ذلك قليلا ولا كثيرا الا أنه لم يوطب فالمعاملة فاسدة فان قام عليه وحفظه حتى صار غرا لجميع التمر صاحب النخل ولا عامل أجزم مثله فيما عمل وكذلك الغنم وجميع النما كهة في الاشجار يدفعها فهو كما وصفت لك من ثمر النخل (٢٨٥) قال أبو الحسن وكذلك الزرع ما لم

شرط رفع البذر مفسدا جاعلا فجوزنا المعاملة مقصودا ولم نجوز المزارعة الاتباع في ضمن المعاملة وكمن من شيء يصح تبعا لا مقصودا كبيع الشرب تبعا لبيع الارض ولنا ما روى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطرنج ما يخرج من ثمر أو زرع رواه البخاري ومسلم وجماعة آخر وهذا مطلق فلا يجوز تقييده ببعض الاشجار دون بعض ولا تكون المزارعة تبعا للمعاملة بالرأى وقد ورد فيه أحاديث كثيرة كاهام مطلقه فوجب اجراؤها على اطلاقها ويحكي نصا أن أهل خيبر كانوا يعملون في الاشجار والرطاب ولان الاصل في النصوص أن تكون معاولة تجازت بعدتها الى ما لا نص فيه لاسيما عند الخصم فإنه لا يحتاج الى اقامة الدليل على انه معلول قال رحمه الله (فان دفع نخلا فيه ثمرة مسافة والثمرة تزيد بالعمل صحت وان انتهت لا كالمزارعة) لان العامل لا يستحق الا بالعمل ولا أثر له على بعد التناهي فلو جاز بعد الادراك لاستحق بلا عمل ولم يرد به الشرع ولا يجوز المساقفة بما قبل التناهي لان جواز قبل التناهي للحاجة على خلاف القياس والحاجة الى مثله بقي على الاصل وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصده وأدر لم يجز لما ذكرناه وهو المراد بقوله كالمزارعة قال رحمه الله (واذا فسدت فلا عامل أجزم مثله) لانها في معنى الاجارة كالمزارعة اذا فسدت قال رحمه الله (وتبطل بالموت) لانها في معنى الاجارة كالمزارعة وقد بيناه فيها) فاذا مات رب الارض والخارج بسرا فلا عامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى أن يدرك الثمر وليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحياسا كما في المزارعة لان في منعه الحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر على الورثة ولو التزم العامل الضرر بتخير ورثة الآخرين أن يقتسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعون عليه بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر به كما في المزارعة هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبهي أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا الاختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فاورجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى أن العمل يجب عليهم ما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وادعى المزارعة أيضا ولو مات العامل فاورثته أن يقوموا عليه وليس لرب الارض أن يمنعهم من ذلك لان فيه النظر من الجانبين فاذا أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين انطيارات الثلاث التي ذكرناها والاشكال الوارد في الرجوع بحصته وارادها أيضا وانما تاجها فان خيار الورثة العامل لقيامهم بمقامه وهذا خلافة في حق مالي

يبلغ الاستحصاد لم يجز أن يدفعه الى من يقوم عليه ببعضه والجواب فيه مثل الاول الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله اه اتقاني (فرع) قال الاتقاني ما نصه قال في باب العذر في المعاملة من شرح السكافي واذا دفع الرجل الى الرجل نخلا معاملة فما أخرج الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان فقام عليه واتقاه حتى اذا صار أخضر مات صاحب الارض انقضت المعاملة وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين في القياس لان الاجارة تنقض بموت أحد المتعاقدين على ما عرف لكوننا نستحسن أن نقيم ورثة صاحب الارض مقامه ويبقى العقد لاجل الحاجة ثم قال فان قال العامل أنا آخذ نصف البسر فاورثته بانطيارا شأوا صرموا البسر واقتسموه وان شأوا أعطوه

نصف قيمة البسر وان شأوا أنفقوا عليه حتى يبلغ ويرجعون بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر وقد مر الوجه فيه في المزارعة اه ما قاله الاتقاني في المساقاة (قوله ولو التزم العامل الضرر) أي وقال أنا آخذ نصف البسر اه (قوله وفي رجوعهم في حصته فقط) لم يقل بقدر حصته ليرد ما ذكر بل معناه انهم يرجعون بجميع ما غرموا في نصيب المزارع لان العمل عليه فعليه بدله والشارح اعتمد أن معناه يرجعون عليه بقدر حصته مما غرموا أي يكون جميع ما غرموا عليهم وعليه فيرجعون بما عليه وليس كذلك اه قارئ الهداية نقلته من خطه رحمه الله تعالى (قوله اشكال) في هذا الاشكال نظر ظاهر اه وكتب ما نصه لا اشكال في قول صاحب الهداية وغيرها أصلا انما الاشكال فيما فهمه هذا الشارح رحمه الله من عبارتهم فانهم قالوا يرجعون عليه بذلك في حصته أي يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا ولم يقل أحد منهم يرجعون بحصته اه كذا نقلته من خط البرهان انظر ابليس رحمه الله تعالى اه (قوله وهذا خلافة في حق مالي)

أي الخيار الثابت أو رثة العامل وانما قال جوابا لسؤال مقدر بأن يقال خيار الشرط لا يورث عنه كماله عوض لا يقبل النقل فكيف ثبت هذا الخيار لهم فقال ليس هذا من باب توريث الخيار بل هذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الأشجار إلى أن تدرك بجار اه اتقاني (قوله في المتن وتفسخ بالعذر) (٢٨٦) ثم هل ينفرده صاحب العذر بالتفسخ أم يحتاج إلى قضاء القاضي فيه روايتان

ذكرناه في المزارعة وقد مر بيانها مستترة في كتاب الاجارة في باب فسخ الاجارة أيضا اه غايه

كتاب الذبايح

المناسبة بين الكتابين أن المزارعة اتفاق موجود في الحال وهو تبذير البذر لتحصيل النفع في المال من الخارج فكذا الذبح اتفاق الموجود في الحال لتفريع اللحم في المال الآن الأول سبب حصول أقوات الناس والبهائم وهذا سبب حصول غذاء بعض الحيوانات وكذا المساقاة لتحصيل الثمرات كما أن الذبايح لتحصيل اللحم اه مسكين (قوله أفر الاوداج) بالفاع من أفر يت اذا قطعت اه عيني (قوله ومنه قوله صلى الله عليه وسلم) قال الاتقاني وفيه نظر لانه من كلام محمد بن علي وهو محمد ابن المنذبة لانه كلام النبي صلى الله عليه وسلم وبه سرح في الفائق وفسر بقوله أي اذا يست من رطوبة النجاسة فذلك تطهيرها كما أن الذكاة تطهر الذبيحة وتطهيرها ثم قال وقيل الذكاة الحيوان من ذككت النار اذا حيت واشتعلت فكان الارض اذا نجست ماتت واذا ظهرت بقيت الى هنا فذا الفائق

وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الادراك لأن يكون وارثه في الخيار فيورث بخلاف خيار الشرط فان أي ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بمرأ خضر فهو كالمزارعة اذا انقضت مدتها فالعامل أن يقوم عليها إلى أن تنتمى الثمار كما كان ذلك للمزارع لانه هنا لا يجب على العامل أجر حصته إلى أن يدرك لان الشجر لا يجوز استجاره بخلاف المزارعة حيث يجب على المزارع أجر مثل الارض إلى أن يدرك الزرع لان الارض يجوز استجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة عليه مال له لا واجب أجر المثل للارض بعد انتماء المدة في المزارعة لا يستحق العمل عليه كما يستحق قبل انتمائها قال رحمه الله (وتفسخ بالعذر كالمزارعة بان يكون العامل سارقا أو مريضا لا يقدر على العمل) لانهم في معنى الاجارة وقد بينا أنهم اتفخ بالعذر وكونه سارقا عذر ظاهر لانه بسرقة الثمر أو السعف يلحقه ضرر وهو مدفوع شرعا وكذا مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لانه يلحقه ضرر بالزامه استجاره الاجراء ولو أراد العامل ترك العمل لا يمكن منه في الصحيح وقيل يمكن وقالوا لا يمكن بالاتفاق وتأويل قول من قال انه يمكن أن لو شرط العمل عليه فيكون عذرا من جهة العامل ومن دفع أرضا بيضاء إلى رجل سنيين معاومة يغرس فيها شجرا أو كرما أو نخلا على أن تسكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين لم يجز لا بشرط الشراكة فيما كان موجودا قبل الشراكة لا بعلمه وهي الارض أولا نه استأجر أجيرا ليحعل أرضه بستانا بالآت الاجير على أن تكون أجره نصف البستان الذي يظهر بعلمه أولا نه يكون في معنى ففيز الطمان فيه فسد كما اذا استأجر صباغيا لصبغ له ثوبا بصبغ نفسه على أن له نصف المصبوغ ولان صاحب الارض يكون مشتريا بالنصف الغراس من العامل بنصف الارض والغراس مجهول ومعدوم وقد شرط عليه العمل في نصيبه في المدة أيضا وكل ذلك يوجب الفساد ثم جميع الثمر والغراس لرب الارض وللعامل قيمة غرسه وأجر مثل عمله لان العقد في الشجر لما كان فاسدا وقد غرسه العامل بامر في أرضه صار كأن صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصيرها أيضا للغراس باقتضائه بارضه مستمكالا بالعراق فيها فيجب عليه قيمة أشجاره وأجر مثل عمله لانه باقى لعمله أجرا وهو نصف الارض أو نصف الخارج ولم يحصل له منه شيء فيجب عليه أجر مثله والله أعلم بالصواب

كتاب الذبايح

قال رحمه الله (هي جمع ذبيحة وهي اسم لما يذبح) أي الذبايح جمع ذبيحة والذبيحة اسم للشيء المذبح قال رحمه الله (والذبح قطع الاوداج) لقوله عليه الصلاة والسلام أفر الاوداج بما شئت والمراد الخلقوم والمرى والودجان وانما عبر عنه بالاوداج تخليفاً وبه يحل المذبح وهو شرط لقول الله تعالى الاماذ كيم ولان المحترم هو الدم المسفوح وبالذبح يقع الميز بينه وبين اللحم فيطهر به وان كان غير مأكول والقطعة الذكاة تنبئ عن الطهارة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يسمها أي طهارتها وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاة السن بالمدانهاية الشباب وذكاة النار بالقصر لتمام اشتعالها وهي اختيارية واضطرارية فالأولى الجرح ما بين اللبنة واللحمين والثانية الجرح في أي موضع كان من البدن وهذا كالبديل عن الأول لانه لا يصار اليه الا عند الجزع عنه وهو آية البديلية وانما كان كذلك لان الأول أبلغ في اخراج الدم من الثاني فلا يترك الا بالجزع عنه ويكتفى بالثاني للضرورة لان التذكيف بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذبايح صاحب ملة سماوية ثابتة حقيقة أو دعوى كالسلم والكتابي

اه اتقاني (قوله اللبنة واللحمين) البقرة رأس الصدر والليمان الذقن اه اتقاني (قوله ومن شرطه أن يكون الملح) وأما شرط وقوعه ويشترط الذكاة أربعة أشياء آلة جارية بالاجماع لحديث ابراهيم النخعي قال اذا خرق المعراض فكل وان لم يخرق فلا تأكل والثاني أن يكون

الذابح من له ملة التوحيد وهو حلال في الحل إما مدعوى واعتقاداً كالاسلم أو دعوى كالكتابي فإنه يدعى أنه صاحب ملة التوحيد بمختلف الألف
المجوسى فإنه ليس له ملة التوحيد لا مدعوى ولا اعتقاداً لأنه يقول بصانعين أحدهما خالق الخير وثانيهما خالق الشر فلا يحل ذبيحته والمحرم
لا يحل ذبيحته وكذا الحلال إذا كان في الحرم لا يحل ذبيحته للصياد والثالث أن يكون المحل من المحلات المأمنة كل وجه كما كره اللحم أو من
وجهه عندنا بأن كان مما يباح الانتفاع بجلده إن كان مما لا يحل أكله والرابع التسمية (٣٨٧) وهي شرط عندنا لا قال الشافعي قال في

الاجناس يعتبر في حصول
الذكاة أربع شرائط أحدها
صفة في الفاعل بأن يكون
مقتداً بالكتاب منزل في دين
يقر عليه والثاني صفة في
الفعل وهو وجود ذكرا سم
الله تعالى عليه في حق المذكي
والثالث صفة الآلة بأن
يكون ما يقطع له حصة
والرابع صفة الموضع فيه
وهو قطع الاوداج والاولاج
أربعة الختوم والبرء
والودجان الى هنا لفظ الاجناس
وحكم الذكاة حصل لكل
المذبح فيما يؤكل وطهارة
جلده إن كان مما لا يؤكل
لحمه الا الأذى والخنزير فإنه
لا لحقه ما الذكاة وهذا لأن
حكم الذكاة ما يثبت به والذي
ثبت بالذكاة هذا هو اتقاني
(قوله في المتن وصبي واهراء
وأخرس وأقلف) بشرط
أن يهلوا أن حصل الذبيحة
معلق بالتسمية وشرائط الذبح
ويشترط على فري الاوداج
ويحسب سنوا القيامة بلان
التسمية شرط بالنقص وذلك
بالقصد ووجهه القصد بما
ذكرنا قاله بكسر وقال في
الكافي ويحل إذا كان يعقل

ويشترط في حق الصيد أن يكون حلالاً وأن يكون في غير الحرم على ما بينه ان شاء الله تعالى قال رحمه
الله (وحل ذبيحة مسلم وكتابي) لما توافاه عام فمدخل فيه المسلم والكافر الا ما خرج منهم بدليل وهو
المشرك والمحرم في حق الصيد والمرتبذ ولقوله تعالى وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم والمراد به
مذكاهم لأن مطلق الطعام غير المذكي يحل من أي كافر كان ولا يشترط فيه أن يكون من أهل الكتاب
ولا فرق في الكتابي بين أن يكون ذميماً أو حريباً ويشترط أن لا يذكر فيه غير الله تعالى حتى لو ذكرك الكتابي
المسيح أو عزير لا يحل لقوله تعالى وما أهل به لغير الله وهو كالاسلم في ذلك فإنه لو أهل به لغير الله لا يحل
قال رحمه الله (وصبي واهراء وأخرس وأقلف) والمراد بالصبي هو الذي يعقل التسمية ويضبط وإن لم
يعقل ولم يضبط لا تحل ذبيحته لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد ووجهه القصد بالمعرفة
والضبط وهو أن يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والتسمية والمعتوه كالصبي إذا كان ضابطاً وهو
الشرط والقائمة والافوثة لا تحل به فيحل والاخرس عاجز عن الذكرك فيكون معذوراً وتقوم الملة مقامه
كالناسي بل أولى لأنه ألزم قال رحمه الله (لا مجوسى ووثنى ومردى ومحرّم وتارك اسم الله عمداً) أي لا تحل
ذبيحة هؤلاء أما المجوسى فلقوله عليه الصلاة والسلام سبواهم سنة أهل الكتاب غيرنا حتى نسايمهم
ولا آكل ذبائحهم ولأنه ليس له دين سماوى فانه عدم التوحيد اعتقاداً ودعوى والوثنى كالمجوسى فيما ذكرنا
لأنه مشرك مثله وأما المرتد فلأنه لا ملة له لأنه لا يقر على ما انتقل اليه ولهذا لا يجوز تركه بخلاف
اليهودى إذا تنصر أو بالعكس أو تنصر المجوسى أو تنصر يقر على ما انتقل اليه عندنا فيه يعتبر ما هو عليه
عند الذبح فحسب لا ما قبله حتى لو تنجس اليهودى لا تحل ذكاته لما توافنا والمتولدين الكتابي والمشرى
يعتبر الكتابي لان المشرك شر فيه يعتبر الأخف وأما المحرم والمراد به في حق الصيد لان ذبيحته في غير الصيد
تؤكل لان فعله فيه مشروع بخلاف الصيد لان فعله فيه غير مشروع فلا يحل أكله وكذا الحلال
في حق الصيد في الحرم لأنه منهي عنه فلا يكون مشروعاً وكذا الكتابي لو ذبح صيداً في الحرم لا يحل وأما
تارك اسم الله عمداً لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وأنه لفسق ولقوله صلى الله عليه وسلم
لعدى إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرك اسم الله فكل الحديث وقال الشافعي إذا ترك الذابح التسمية
عمداً أو كل ذبيحته والمسلم والكتابي فيه سواء وكذا إذا ترك التسمية عند الرمي وإرسال الجراح تؤكل
عنده لقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سعي أولم يسم وحديث عائشة أنها قالت
لنبي صلى الله عليه وسلم إن الأعراب يأوتنا بلحم فلاندرى أسموا عليها أولم يسموا فقال عليه الصلاة والسلام
سموا أنتم وكأوا ولو كانت شرطاً لما أمرها بالاكل مع الشك ولان التسمية لو كانت شرطاً لما سقطت
بالنسيان كالطهارة في الصلاة ولو كانت شرطاً قامت الملة مقامها كما في الناسي ولما توافنا وما روي
وعلى حرمة متروكة التسمية عدمه فقد اجماع فمين كان قبل الشافعي وهذا القول منه عذخر قاله وإنما
كان الخلاف بينهم في متروكة التسمية ناسياً فن مذهب ابن عمر رضي الله عنه أنه يحرم ومن مذهب علي
وابن عباس أنه يحل ولهذا قال أبو يوسف والمشايع ان متروكة التسمية عمداً لا يسوغ فيه الاجتهاد حتى

التسمية أي يعلم أن حل الذبيحة يتعلق بها والذبيحة أي شرائط الذبح من فري الاوداج ونحوه ويضبط أي يتدبر على فري الاوداج ويحسن
القيام به وإن كان صبياً أو مجنوناً أو امرأة أو أخرس أو أقلف أما إذا كان لا يعقل التسمية والذبيحة ولا يضبط لا يحل لان التسمية على الذبيحة
شرط لما يأتي بعده وهذا بالقصد ووجهه القصد بما ذكرنا (قوله وأما المحرم الخ) وفي كتابه البيهقي أن ما ذبحه المحرم في الحل أو الحرم لا يؤكل
وكذا ما ذبحه الحلال في الحرم لا يؤكل وفي المتقطعات الحلال إذا ذبح صيداً في الحرم لا يؤكل اه (قوله والمراد به في حق الصيد) أي سواء
كان في الحل أو في الحرم اه (قوله لعدى) أي ابن حاتم الطائي اه

(قوله والنص) أي وهو قوله تعالى ولا (٣٨٨) تأكلوا مما يذكر اسم الله عليه ليس المراد منه المصوم ظاهرا ولهذا اختلفت الصحابة

في متروكة التسمية ناسيا ولم يحتج من قال بحرمته بالآية فلو جرت الحاجة بها لارتفع الخلاف بينهم فيه وظهر انقياد من قال بجعل متروكة التسمية ناسيا ورجع عن قوله وحديث لم يجز الحاجة ولم يرتفع الخلاف علم أن الآية متروكة الظاهر وليس المراد منه النسيان بل المراد منه العهد اه اتقاني (قوله واقامة الملة الخ) جواب عن قول الشافعي حيث يقول أقيمت الملة مقام التسمية في حق الناس فينبغي أن تقام الملة مقامها أيضا في حق العامد فقال الناس معذور لان النسيان من قبل من له الحق فأقام الملة مقام التسمية بغير له عزموا والعامد ليس بمعذور فلا يقاس على الناس لانه ليس في معناه اه (قوله وهي) أي التسمية اه (قوله وهي على الآلة) قال في الهداية ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة قال الاتقاني أي التسمية في ذكاة الاختيار تقع على الذبيح وفي الصيد تقع على الآلة وهي النشاب والكلب وفائدة هذا تظهر في مسائل ذكرها بعد هذا (قوله لا يحل) أي لان

لوقضى القاشي بجواز بيعه لا ينفذ قضاءه لكونه مخالفا لاجماع وماروا مخالفا لله لاسل القطعي من الكتاب والسنة واجماع الامة فكان مردودا أو نقول الحديث الاول محمول على حالة النسيان والثاني دليل لنا لانهم سألت عن الاكل عند وقوع الشك في التسمية وذلك دليل على انهم لا يأكلونه الا اذا سمى عليه وهي شرط فيه وانما أمرها بالاكل بناء على الظاهر لا يترك ظاهرا لكن اشترى شيئا جازله الانتفاع به بناء على الظاهر انه ملكه قال رحمه الله (وحل لو ناسيا) أي حل المذكي ان ترك التسمية ناسيا وقال مالك لا يحل لما بينا من الأدلة اذ لا فصل فيها قلنا النسيان من فروع حكمه بقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولان في اعتباره حرجا بينا والخرج مدفوع بالنص وانما قلنا ذلك لان الانسان كثير النسيان فيعذر في الاشياء التي لا مذكرك لها من جهة حاله كالأكل في الصوم وتركه الترتيب في قضاء الفوائت من الصلوات بخلاف الأكل وغيره في الصلاة والجماع في الحج حيث لا يختلف فيه بين الناس والعامد لانه حالة مذكرة والنص غير محرجي على اطلاقه اذ لو أريد به مطلقا لجرى الحاجة بين السلف وظهور الانقياد وارتفع الخلاف بينهم واقامة الملة مقام التسمية في حق الناس وهو معذور لا يدل على الاقامة في حق العامد ولا عذره والناسي ليس بمخصوص حتى يقاس عليه غيره ويخصه بالنسيان لانه ذكره مستقيم تقدير القيام الملة مقامها ولا يقال ان الآية مجملة لانه لا يدري هل أريد بها حال الذبح أو الطبخ أو حالة الأكل لانا نقول أجمع السلف على أن المراد بها حالة الذبح فتكون مفسرة فتم الاحتجاج بها ألا ترى أن ذبيحة المجوسي لا تؤكل وذبيحة الكتابي تؤكل وليس بينهم ما فرق يعقل الا أن الكتابي يسمى عند الذبح دون المجوسي ثم التسمية في ذكاة الاختيار يشترط أن تكون عند الذبح قاصدا للتسمية على الذبيحة ولو سمي ولم يحضره النية صح لانه أتى بالتسمية وظاهر حاله يدل على أنه قصد به التسمية على الذبيحة فيقع عنها ولو سمي وأراد به التسمية لا بداء الفهل كسائر الأفعال لا يحل كمن قال الله أكبر وأراد به متابعة المؤذن لا يصير شارعا في الصلاة وتشترط التسمية حالة الذبح لقوله تعالى فاذا ذكروا اسم الله عليها صواف وهي حالة النحر ويدل عليه قوله تعالى فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها والمعتبر أن يذبح عقيب التسمية قبل أن يتبدل المجلس حتى اذا سمي واشتغل بعمل آخر من كلام قليل أو شرب ماء أو أكل لقمة أو تمديد شفرة ثم ذبح تحل وان كان كذلك لا يحل لان ايقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شيء لا يمكن الاجترار عظيم فأقيم المجلس مقام الاتصال والعمل القليل لا يقطع المجلس والكثير يقطع وهي على الذبيحة وفي الصيد يشترط عند ارسال الجارح أو الرمي وهي على الآلة لان التكليف بحسب الوسع والذي في وسعه في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعله بقدر عليه حتى لو أضجع شاة وسمى ثم تركها وذبح غيرها بالسكين الذي كان معه ولم يسم عليها لا يحل ولو رمى الى صيد وسمى فأصاب صيدا آخر حل وكذا اذا أرسل كلبه الى صيد فترك الكلب ذلك الصيد فأخذ غيره حل لتعلق التسمية بالآلة ولو أضجع شاة وسمى وطرح السكين وأخذ سكيناً آخر فذبحها به ولم يسم حلت لتعلقه بالمذبوح ولو سمي على سهم فتركه وأخذ غيره فرمى به لم ير كل لما ذكرنا ولو سمي فذبح شاتين على التعاقب حلت الأولى دون الثانية ولو أضجع احداهما فوق الأخرى فذبحهما دفعة واحدة بسكين واحدة وتسمية واحدة حل كلاهما قال رحمه الله (وكرر أن يذكر مع اسم الله غيره) أي يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وان قال قبل التسمية والاضجاع جاز وهذا النوع على ثلاثة أوجه أحدها أن يذكره موصولا من غير عطف فيكره ولا تحرم الذبيحة مثل أن يقول باسم الله محمد رسول الله بالرفع لان اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ

التسمية على الذبيحة على الحرف نفسه وليس على أخذ السكين اه (قوله لتعلقه بالمذبوح) أي وهو لم يتبدل اه (قوله لكن لم يترك) أي لان التسمية على الآلة وقد تبدلت اه

(قوله بل يحرم مطا بقا بالعطف) هكذا هو في جميع ما وقفت عليه من النسخ وهو غير ظاهر لأن الكلام فيما إذا لم يكن هناك عطف والظاهر أن يقال بل لا يحرم مطلقا بدون العطف فتنبه (قوله قال صلى الله عليه وسلم موطنان لا أذكر فيهما الخ) فإذا قال باسم الله ومحمد رسول الله صار الذبح ميتة اه اتقاني (قوله واختلافوا في النصب) وفي روضة الزندوبيتي النصب كالخفص لا يحل ولو قال باسم الله صلى الله عليه على محمد يحل والاولى أن لا يفعل ولو قال باسم الله وصلى الله على محمد مع الزاوي يحل أكاه ولو ذبح ولم يظهر الهاء في بسم الله ان قصد ذكر الله يحل وان لم يقصد وقصد ترك الهاء لا يحل كذا في خلاصة الفتاوى اه اتقاني (قوله جردوا التسمية) عند الذبح اه اتقاني (قوله أو سبحان الله) أو الله أكبر اه (قوله يريد به التسمية محل) قال الزواجي ولو قال مقام التسمية الحمد لله أو سبحان الله يريد به التسمية أجزأه وان أراد التحميد ولم يرد التسمية لم يحل وكذلك لو قال والله أكبر لان هذه اللفاظ ليست بصريحة (٢٨٩) في باب التسمية انما الصريح باسم الله

لكن يكره لوجود الوصل صورة وان قال بالخفض لا يحل ذكره في النوازل وقال بعضهم هذا اذا كان
يعرف النحر والوجه ان لا يعتبر الاعراب بل يحرم مطلقا بالعطف لان كلام الناس اليوم لا يجري عليه
ومن هذا النوع ان يقول اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم توجد ولم يكن الذبح واقعا عليه ولكن يكره
لما ذكرنا والثاني ان يذكر موصولا على سبيل العطف والشركة نحو ان يقول باسم الله واسم فلان او باسم
الله وفلان او باسم الله وحده رسول الله بالجزم الذبيحة لانه اهل به لغیر الله تعالى وقد قال تعالى وما
أهل به لغیر الله وقال عليه الصلاة والسلام موطنان لا أن ذكر فيه ما عند العباس وعند الذبح ولورفع
المطوف على اسم الله يحل لانه مبتدأ واختلغوا في النصب ويكره فيه ما لا يتفق لوجود الوصل صورة
والثالث ان يقول مفصلا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل ان يضج الشاة أو قبل التسمية أو بعد الذبح
اللهم تقبل هذا مني أو من فلان وهذا لا يكره ما روى انه صلى الله عليه وسلم قال بعد الذبح اللهم تقبل هذا
عن أمة محمد عن شهاب بن عبد الله بن سفيان عن مالك بن أنس عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم
هذا منك ولك ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين
باسم الله والله أكبر ثم ذبح وهكذا روى عن علي كرم الله وجهه والشرط هو الذبح كراخا على ما قال ابن
مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي واكتفي به لا يحل لانه دعاء وسؤال
ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد به التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في الاصح
لانه يريد الحمد على النعمة دون التسمية بخلاف الخطبة حيث يجزئه ذلك عن الخطبة لان الذبح كور فيه اذ كر
الله تعالى مطلقا بقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وفي الذبيحة الامور به هو الذبح كرا على المذبح بقوله تعالى
فاذكروا اسم الله عليها صواف وما لم يذكر اسم الله عليه منه شيء عن اكله بقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر
اسم الله عليه ومات اوله الا لسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن النبي صلى الله
عليه وسلم وعن علي وابن عباس مثله قال ابن عباس في تفسير قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف
وذكرا الخواني المستحب ان يقول باسم الله الله أكبر بلا واو وبالواو يكره لانه يقطع فور التسمية قال رحمه
الله (والذبح بين الخلق واللينة) وفي الجامع لا بأس بالذبح في الخلق كله وسطه واعلامه واسفله والاصل
فيه ما روى انه عليه الصلاة والسلام بعث مناديا ينادي في فجاج منى ألا إن الذكاة في الخلق الحمد لله
الدارقطني ولانه يجمع مجرى النفس ويجري الطعام ويجمع العروق فيحصل به طعمه المقدس ودعي أبلغ الوجوه

(قوله مما يلي الصدر) يعني أن الذبح وقع فوق العقدة اه (قوله ثم حكى) أي صاحب النهاية اه (قوله وهذا مشكل الخ) قال الجلال
 السبكي رحمه الله عند قوله في البداية الذبح بين الخلق واللبة يعني محله وفيه دليل على أن أعلى الخلق ووسطه وأسفله في ذلك سواء كما هو
 رواية الجامع الصغير لأن رواية الجامع تدل على أن الذبح فوق الخلق قبل العقدة لا يجوز لأنه جعل الخلق محلاً للذبح وأنه ينتهي بالعقدة
 وهكذا روي في التناوي ووضع الأصل يقتضي السبل لأنه بين اللبة والحيين وإن كان فوق العقدة إلا أن شمس الأئمة السمرقندي فسر رواية
 الأصل على نحو ما ذكر في الجامع فكان المراد بما أطلق في الأصل المقيّد في الجامع اه وهو يؤيد ما ذكره الشارح رحمه الله من عدم
 الجواز اه (قوله فلا يؤكل بالاجماع) قال الاتقاني رحمه الله بعد حكاية قول السمرقندي ويجوز أن كلها سواء بقيت العقدة مما يلي الرأس
 أو مما يلي الصدر وإنما المعتبر عندنا قطع أكثر الأوداج مانصه وهذا صحيح لأنه لا اعتبار لكون العقدة من فوق أو من تحت ألا ترى إلى
 قول محمد بن الحسن في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الخلق كله أسفل الخلق أو وسطه أو أعلاه فإذا ذبح في الأعلى لا بد أن تبقى العقدة من
 تحت ولم يلتفت إلى العقدة لأن كلام الله ولا في كلام رسوله بل الذكاة بين اللبة والحيين بالسبب وقد جعلت لاسماعيل مذهب أبي
 حنيفة رضي الله عنه فإنه يكتفي بالثلاث (٣٩٥) من الأربع أي ثلاث كانت ويجوز ترك الخلقوم أصلاً بالطريق الأولى أن

وهو إنهار الدم والتقيد بالخلق واللبة يفيد أنه لو ذبح أعلى من الخلقوم أو أسفل منه يحرم لأنه ذبح
 في غير المذبح ذكره في الواقعات وفي فتاوى سمرقند وذكر في النهاية ما يخالف هذا عن الإمام
 (١) السمرقندي فإنه قال سئل عن ذبح شاة بقيت عقدة الخلقوم مما يلي الصدر وكان يجب أن تبقى مما
 يلي الرأس أتوكل أم لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا معتبر ويجوز أن كلها سواء بقيت
 العقدة مما يلي الرأس أو مما يلي الصدر لأن المعتبر عندنا قطع أكثر الأوداج وقد وجد ثم حكى أن شيخه
 كان يفتي به وهذا مشكل فإنه لم يوجد فيه قطع الخلقوم ولا المريء وأصحابنا رحمهم الله وإن اشترطوا قطع
 إلا أكثر فلا بد من قطع أحدهما عند الكل وإذا لم يبق شيء من عقدة الخلقوم مما يلي الرأس لم يحصل قطع
 واحد منهما فلا يؤكل بالاجماع وفي الواقعات لو قطع الأعلى أو الأسفل ثم علم فقطع مرة أخرى الخلقوم
 قبل أن يموت بالاول ينظر فإن كان قطع تمامه لا يحل لأن موته بالاول أسرع منه بالقطع الثاني والاحل
 وذكر في فتاوى سمرقند قصاب ذبح الشاة في ليلة مظلمة فقطع أعلى من الخلقوم أو أسفل منه يحرم كلها
 قال رحمه الله (والذبح المريء والخلقوم والودجان) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال أفر الأوداج
 بما شئت وهي عروق الخلق في المذبح والمريء عجرى الطعام والشراب والخلقوم عجرى النفس والمراد
 بالأوداج كلها وأطلق عليه تعليماً وإنما قلنا ذلك لأن المقصود يحصل بقطعهن وهو التوجيه وإخراج
 الدم لأنه بقطع المريء والخلقوم يحصل التوجيه وبتقطع الودجين يحصل إنهار الدم ولو قطع الأوداج وهي
 العروق من غير قطع المريء والخلقوم لا يموت فضلاً عن التوجيه فلا بد من قطعهما أو قطع أحدهما
 ليحصل التوجيه ولا بد من قطع الودجين أو أحدهما ليحصل إنهار الدم قال رحمه الله (وقطع الثلاث
 كاف ولو نظر وقرن وعظم وسن منزوع وإبطه ومروعة وما أنهر الدم الاستناظرة قاعين) وهذا الاكتفاء
 بالثلاث مطلقاً قول أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف أولاً وعن أبي يوسف أنه يشترط قطع

يحل الذبح إذا قطع الخلقوم
 وبقيت العقدة إلى أسفل
 الخلقوم وبغضاً أن واحداً
 من يتسمى فقيهاً في زعم
 العوام وقد كان مشتهراً بينهم
 أمر برمي الذبح إلى الكلاب
 حيث بقيت العقدة إلى
 الصدر لا إلى ما يلي الرأس
 فياليث شهري عن أخذ
 هذا من كتاب الله ولا أثره
 فيه أو من حديث رسول
 الله ولم يسمع له فيه نبأ أو من
 إجماع الأمة ولم يقل به أحد
 من الصحابة والتابعين أو من
 إمامه الذي هو أبو حنيفة
 ولم ينقل عنه ذلك أصلاً بل
 المنقول عنه وعن أصحابه
 ما ذكرناه أو ارتكب الرجل
 هو أفضل وأصل قال تعالى

ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله أو استحي عن الرجوع عن الباطل إلى الحق ويحل من العوام كل ما لا يفيد اعتقادهم الخلقوم
 فيه إذا عمل بخلاف ما أفتى أولاً فالرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل اه ما قاله الاتقاني وهو صريح في مخالفة ما ذهب إليه
 الشارح الزبلي رحمه الله (قوله وذكر في فتاوى سمرقند قصاب ذبح الخ) قال الشيخ مسكين وفي ذبائح الذخيرة فإن الذبح إذا وقع أعلى من
 الخلقوم أو أسفل منه لا يحل اه (قوله وهو التوجيه) هي بالحاء المهملة تنهله من وحاء إذا عمل اه غاية (قوله في المتن ولو نظر الخ) قال
 في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يذبح الشاة بنظر منزوع أو بشرن أو عظم أو سن منزوعة فينهر الدم ويفري
 الأوداج قال أكره هذا وإن فعل فلا بأس بأكله إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير اه غاية (قوله وهو قول أبي يوسف أولاً) قال الكرخي
 في مختصره والذكاة في اللبة وما فوق ذلك أي للحيين وقال محمد بن أبي حنيفة لا بأس بالذبح في الخلق كله أسفل الخلق أو وسطه أو أعلاه
 فإذا كانت الذكاة في هذه المواضع التي وصفتها قد راعاها وهي فري الأوداج والأوداج أربعة الخلقوم والمريء والعرفان اللذان بينهما

(١) قول الشارح السمرقندي منسوب إلى سمرقند يضم أوله وسكون ثانيه وتاء مناة من فوق مفتوحة وغين معجمة ساكنة وفاء مفتوحة
 وآخره نون من قري سمرقند كذا في معجم باقوت كتبه معجمه

الحلقوم والمرى فاذا فرى المذكي ذلك أجمع فقد كمل الذكاة وأصاب الذكاة المأمور بها على تمامها وسنتها فان قصير عن ذلك ففرى من هذه الاربعة ثلاثة فان بشر بن الوليد روى عن أبي يوسف ان أبا حنيفة قال اذا قطع أكثر الاوداج أكل اذا قطع ثلاثة منها من أى جانب كان وعلى أى وجهه كان وكذلك قال أبو يوسف ثم قال بعد ذلك لا تأكل حتى تقطع الحلقوم والمرى وأحد الودجين وذلك كله سواء في الابل والبقر والغنم والصيد وكل ذبيحة قال وكذلك الناقة يخرجها الرجل فهي كذلك في القولين جميعا في قول أبي حنيفة اذا قطع أكثر الاوداج أكل وفي قول أبي يوسف حتى يقطع الحلقوم والمرى وأحد الودجين الى هنا لفظ السكرني في مختصره ولم يذكر قول محمد وذكر القدوري في مختصره قول محمد كقول أبي يوسف وقال الناطقي في الاجناس وأما محمد (٣٩١) فقد ذكر في املائه رواية أبي سليمان

الجوزجاني قال محمد لو قطع الحلقوم والمرى وأحد الودجين ونصف الآخر لان الودجين كأنهما شيء واحد فقد قطع الاكثر منهما فأكل وقال محمد في نوادر ابن رستم لو قطع من الحلقوم أكثره ومن المرى أكثره ومن كل واحد من الودجين أكثره أكل وأما أبو يوسف فقال أخيرا لا يؤكل حتى يقطع الحلقوم والمرى وأحد الودجين الى هنا لفظ الاجناس والحاصل أن عند أبي حنيفة اذا قطع ثلاثة منها أى ثلاث كانت حلال وعن أبي يوسف ثلاث روايات أحدها هذه والثانية اشتراط قطع الحلقوم مع آخرين والثالثة اشتراط قطع الحلقوم والمرى وأحد الودجين وعند محمد لا بد من قطع أكثر كل واحد من هذه الاربعة كذا في المختلف اه اتقاني رحمه الله هو فرع غريب ذكر الاتقاني

الحلقوم والمرى وأحد الودجين وعن محمد لا بد من قطع أكثر كل واحد من هذه الاربعة وأجمعوا على انه يكتفى بقطع الاكثر من هذه العروق الاربعة لان الاكثر يقوم مقام الكل غير أن محمد اعتبر أكثر كل واحد من هذه الاربعة وهو رواية عن أبي حنيفة لان كل واحد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفرقه فيه تبرا أكثر كل واحد منها وأبو يوسف رحمه الله يقول ان المقصود من قطع الودجين إخراج الدم فينبوب أحدهما عن الآخر اذا كل واحد منهما ما يجري الدم فأما الحلقوم والمرى فيخالفان للاوداج وكل واحد منهما ما يخالف الآخر فلا بد من قطعهما وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الاكثر يقوم مقام الكل وأى ثلاث منها قطع فقد قطع الاكثر وما هو المقصود منه يحصل به وهو إخراج الدم المسفوح والتوجيه في إخراج الروح لانه لا يجيبه قطع المرى والحلقوم ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى بالاكثريها كانت فلا حاجة الى اشتراط قطع المعين منها وقال الشافعي يكتفى بقطع الحلقوم والمرى وقال مالك لا بد من قطع الاربعة واجبة عليهم ما روينا فان فيه ذكر الاوداج بلفظ الجمع والثلاثة جمع فلا معنى لاشتراط الكل ولا للاقتصار على مادون الثلاث وقوله ولو بظفر وقرن وسن مذهبنا وقال الشافعي المذبح بهذه الاشياء ميتة لا يحل أكلها لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهم امدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أنهر الدم وروى أنهر الاوداج بما شئت وما رواه مجهول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك لظهور الجلد ولانها آلة جارية فيحصل بها ما هو المقصود وهو إخراج الدم فصار كالجزء والحديد بخلاف غير المنزوع فانه يقل بالثقل فيكون في معنى الموقوذة وانما يكره لان فيه زيادة الالم وقد نهينا عنه وأمرنا بضده وقوله وليطه ومروة وما أنهر الدم لما روى عن عدي ابن حاتم قال قلت لبارس رسول الله انا نصيب الصيد فلا نجد سكين الا الظنار أو شقة العصاف قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفرى الاوداج بما شئت واذا كراهه رواه البخاري ومسلم وغيرهما وأما الظفر القائم والسن القائم فلما روى عن رافع بن خديج أنه قال قلت لبارس رسول الله نلتى العسد وغدا وليس معن امدى فقال عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وذكرا سم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا أو ظفرا أو ساجد نكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فدى الحبشة رواه البخاري ومسلم وتأويله اذا كان قائما على ما بينا ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام أما الظفر فدى الحبشة وهم كانوا يذبحون بالقائم منه قال رحمه الله (وناب حد الشفرة) لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته رواه مسلم وأحمد وغيرهما ويكره أن

رحمه الله في كتاب الجنائيات عند قوله في الهداية وشبهه المدايح أن النار يقع بها الذكاة وجعلت على موضع الذبح فقطعت الحلقوم والودجين حل الاكل ذكره القدوري في شرحه اه ما قاله الاتقاني في شرح الهداية وعلى الهامش حاشية منقولة من خطه نصها وهذه الرواية خلاف ما ذكر في أصول شمس الأئمة وأصول نفع الاسلام ان الذكاة لا تقع بالنار ذكره في باب دلالة النص اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) أى حين سئل عن أمر الذبح (قوله كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج) أنهر الدم أى سيده وأفرى الاوداج أى قطعها اه غايه (قوله قائم امدى الحبشة) لانهم لا يقيمون الاظفار ويحدون الاسنان ويقانلون بالحدش والعرض اه غايه والمدي جمع مدينة وهى السكن اه اتقاني (قوله وأما الظفر القائم والسن القائم) قال الولولجي ولا يحل كل ذبح بسن أو ظفر غير منزوع لانه قاتل وليس بذايح اه (قوله وليحد أحدكم شفرته وليرح) أى ايعطها الراحة بالاسراع اه قال الاتقاني والشفرة السكنى العظيمة اه

(قوله هو أن يصل إلى النخاع) قال الأكل والنخاع بالكسر والفتح والنخاع لغة فيها فسر المصنف بأنه عرق أبيض في عظام الرقبة ونسجه صاحب النهاية إلى السهم وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب ويرد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق وأوتار ومائة شيء يسمى بالخيط أصلاً اه قوله فسر المصنف أي صاحب الهداية اه (قوله ويكره أن يجزأ ما يريد ذبحه إلى الذبح) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وإذا أراد الرجل أن يذبح الذبيحة كره له أن يجزأها بجلدها إلى الذبح أو أن يذبحها ثم يجمع الشفرة إلى هذا القطع وذلك لأن الجزأ زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذكاة اه اتقاني (قوله وكذا الذبيحة متوجهة لغير القبلة الخ) قال في الأصل رأيت الرجل يذبح ويسمى ويوجه ذبيحته إلى غير القبلة متعمداً أو غير متعمداً قال لا بأس بأكلها قال خواهر زاده في شرح المبسوط أما الحل فلأن الإباحة شرعية متعلقة بقطع الأوداج والتسمية وقد وجد وتوجيه القبلة سنة مؤكدة لأنه لو أرنه الناس وتروى السنة لا يوجب الحرمة ولكن يكره تركه من غير عذر اه اتقاني (قوله وفي الذبح من القفا زيادة ألم) قال الكرخي في مختصره وقال أبو حنيفة أن ضرب عنق جزور بسيف فأبأنها وتسمى فإن كان ضرباً من قبل الحلقوم فإنه يؤكل وقد أساءوا أن كان ضرباً من قبل الظهر فإن كان قطع الحلقوم والأوداج قبل أن تموت أكل وقد أساء وكذلك هذا في الشاة وكل ذبيحة وقال أبو حنيفة أن قطع رأس الشاة في الذبيحة أكل وإن تعمد ذلك فقد أساء (٢٩٢) في التعمد وكذلك قال أبو يوسف إلى هذا لفظ الكرخي وذلك لأنه إذا ضرب به من قبل

يجمعها ثم يجمع الشفرة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام رأى رجلاً أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال له لقد أردت أن تميتها موتات هلا حذمتها قبل أن تذبحها قال رحمه الله (وكره النخع وقطع الرأس والذبح من القفا) والنخع هو أن يصل إلى النخاع وهو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة وإنما كره ذلك لنهييه عليه الصلاة والسلام عن فتح الشاة إذ ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل أن يحد رأسها حتى يظهر من ذبحها وقيل أن يكسر رقبتها قبل أن تسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة ويكره أن يجزأ ما يريد ذبحه إلى الذبح وأن يسلخ قبل أن يبرأ ما ذكرنا وتؤكل في جميع ذلك لأن الكراهية لمعنى زائد وهي زيادة الألم فلا يوجب الحرمة وكذلك الذبيحة متوجهة لغير القبلة يكره وتؤكل لأن السنة في الذبح أن يستقبل بها القبلة هكذا روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم استقبل في أضحية القبلة لما أراد ذبحها وفي الذبح من القفا زيادة ألم فيكره وتحلل إذا بقيت حية حتى تقطع العروق لتحقيق الموت بما هو ذكاة وإن ماتت قبل قطع العروق لا تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة قال رحمه الله (وذبح صيد استأنس وجرح نم توخش أو تردى في بئر) لأن ذكاة الاضطراب لا يصار إليه الا عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما صرح ولم يتحقق العجز فيما استأنس من الصيد وتحقق فيما توخش من النعم وكذا فيما تردى في بئر ووقع العجز عن ذكاة فخرجه فاك من الجرح وعلم ذلك يؤكل وإن علم أنه لم يموت من الجرح لا يؤكل وإن أشكل ذلك أكل لأن الظاهر أن الموت منه وكذا الدجاجة إذا تعطلت على شجرة وخيف فوثها صار ذكاة الجرح وفي الكتاب أطلق فيما توخش من النعم وكذا فيما تردى وعن محمد أن الشاة إذا نذت في المصير لا تحل بالعقر لأن لا تدفع عن

الحلقوم فقد قطع العروق المشروطة في الذكاة وزاد في ألمها زيادة لا يحتاج إليها الذكاة فيكره ذلك ولا يمنع الأكل كما لو جرحها فأما إذا ضرب به من وراء ظهرها فإن هي ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لأنها ماتت قبل الذكاة وإن قطع العروق قبل موتها فقد فعل الشرط إلا أنه زاد في ألمها وذلك مكروه وقال الشيخ علاء الدين الأسدي في شرح الكافي قال الفقيه أبو بكر الأعمش وهذا الغاي يستقيم أن لو كانت تعيش قبل قطع العروق أكثر مما يعيش المذبح

حتى تحل بقطع العروق فيكون الموت مضافاً إليه أما إذا كانت تعيش إلا كما تعيش المذبح فإنه لا يحل لأنه يحصل الموت مضافاً نفسها إلى الفعل السابق فلا يحل اه اتقاني (قوله وعن محمد الخ) قال الاتقاني ثم الأبل والبقر إذا وجد منهما التوحش فأنهما يحلان بذكاة الاضطراب سواء كانا في المصير أو خارج المصير فزوا بين هذا وبين الشاة وقالوا في الشاة إذا نذت في المصير لا تحل بذكاة الاضطراب وفي خارج المصير يحل ذلك لأن الأبل والبقر وإن نذت في المصير فقد لا يقدر على ذكاة الاختيار فيها لأن الأبل تدفع عن نفسها بمشفرها ونابها والبقر بقرنه ويخاف القتل منهما ما يقع العجز عن ذكاة الاختيار فيها ما وإن حصل التوحش منهما في المصير فأما في الشاة فأنما يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار خارج المصير لأنه لا يمكن أخذها فأما في المصير فيمكن أخذها ولا يخاف من جهتها القتل فلا يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار وقال في العيون قال محمد في رجل رمى حمامة أعليه في الصخر أو سمى فلا تؤكل لأنه يأوى إلى المنزل إلا أن تكون حمامة لا تهدي إلى منزلها ابن سماعة في البعير أو الثور يند فلا يقدر على أخذه قال إن علم أنه لا يقدر على أخذه إلا أن يجتمع له جماعة كثيرة فله أن يرميه وأما الشاة فلا يجوز إذا كانت في المصير لأن البعير يند ويصول ويمتنع والثور ينطح فيمتنع كذا في العيون وقال في الأصل رأيت أن أصاب قرن البقر أو الظلف فقتلها هل تؤكل قال إن أدى حل وإن لم يدم لا يحل لأنه متى أدى حلما أن الجرح وصل إلى اللحم وشرط الإباحة حصول الجرح في اللحم وقد وجد وأما إذا لم يدم فالجرح أحم لم تصل إلى اللحم فلا تحل وهذا لأن الذكاة تصرف في الحيوان ففي خاص الجرح إلى موضع فيه حياة حل والأقلا كذا في شرح خواهر زاده اه اتقاني (قوله نذت) أي نذرت اه غايه

(قوله حل أكله) قال القدوري في شرحه المختصر الكرخي وحكي في المتن في البحر إذا صال على إنسان فقتله وهو يريد أكله كقوله حل أكله
 ان كان لا يقدر على أخذه مومن قيمته جعل الصول بمنزلة النذ اه اتقاني (قوله كأ وأبد الوحش) يعني ان لها توحشا كتوحش الوحش
 اه غايه (قوله يحل أيضا) لانه يحجز عن الذكاة الاختيارية اه ولوالحي (قوله وكره لتركه السنة المتوارثة) قال الاتقاني وأما وجه
 الكراهية فلانه زيادة في أكلها لا يحتاج اليها في الذكاة كما لو جرحها في موضع آخر كذا في شرح الاقطع اه (قوله تحت اللحيين) أي في
 الحلقوم اه (قوله في المني ولم يتنكح جنين بذكاة أمه) قال الفقيه أبو الليث في العيون ولو أن شاة ذبحت فخرج من بطنها أولاد ميتة فان
 ذكاة الشاة لا تكون ذكاة الجنين في قول أبي حنيفة وزفر والحسن وقال أبو يوسف (٣٩٣) اذا خرج ميتا فذكاه ذكاة أمه

وان خرج حيا وبقي مقدار
 ما يقدر على ذبحه لا أكله
 وان لم يبق مقدار ما يذبح
 فانه يؤكل وروى هشام
 عن محمد أيضا قال ذكاة
 الجنين ذكاة أمه اذا تم
 خلقه وأما اذا لم يتم خلقه
 فانه لا يؤكل وقال شيخ
 الاسلام خواهرزاده في
 آخر كتاب الاضاحي قال أبو
 حنيفة وزفر الجنين لا يتذكي
 بذكاة الأم وقال أبو يوسف
 ومحمد ومالك والشافعي انه
 يتذكي بذكاة الأم وروى عن
 أبي يوسف ومحمد في غير
 رواية الاصول أن ذكاة
 الجنين ذكاة أمه اذا تم خلقه
 وصورة المسئلة ان الشاة أو
 الناقة أو البقرة اذا ذبحت
 وخرج من بطنها جنين ميت
 أوحى الأله مات قبل التمكن
 من ذبحه فانه لا يحل أكله
 في قول أبي حنيفة وزفر
 ويحل في قولهم جميعا إلى
 هنا لفظ خواهرزاده اه
 اتقاني (قوله فان ذكاه
 ذكاة أمه) رواه أبو داود

نفسها فيمكن أخذها وان ذبت في الصبر اعجل بالعقر لتحقيق العجز عن ذكاة الاختيار وفي البقر والابل
 يتحقق العجز في الصبر والمصرف قبل بالعقر والصبيال كانه دودا اذا كان لا يقدر على أخذه حتى لوقته
 المصول عليه وهو يريد ذكاه يسمى حل أكله وقال مالك لا يحل النعم الا هلي بذكاة الاضطرار لان العجز
 فيه عن ذكاة الاختيار نادر النادر لا يحكم له وانما وروى عن رافع بن خديج قال كان مع رسول الله صلى
 الله عليه وسلم في سفر فنتدبهم من ابل القوم ولم يكن معهم خيل فرما رجل منهم فقال رسول الله صلى
 الله عليه وسلم ان هذه الهائم أو ابد أو ابد الوحش فافعل منها عذافا فاه أو ابد هكذا رواد البخاري ومسلم
 وجماعة آخر ولان المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيه صار الى البديل على أن لا نسلم ندرته بل هو غالب وذكر
 في النهاية معز بالي النوازل أن بقرة لو عسرت عليها الولادة فدخل صاحبها يده وذبح الواحد حل أكله وان
 جرحه في غير موضع الذبح ان كان لا يقدر على ذبحه يحل أيضا وان كان لا يقدر لا يحل قال رحمه الله
 (وسن نحر الابل وذبح البقر والغنم وكره عكسه وحل) وانما كانت السنة في الابل النحر وفي البقر والغنم
 الذبح لموافقته السنة المتوارثة قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح
 عظيم وقال تعالى فصل تربك وانحر جاء في التفسير أي انحر البقر ولان النحر أيسر في الابل وفي البقر
 والغنم الذبح أيسر فكان في كل واحد منهما السنة ما هو الايسر فيه وان نحر الغنم والبقر وذبح الابل جاز
 لحصول المقصود وهو تسهيل الدم وكره تركه السنة المتوارثة وهو المراد بقوله وكره عكسه وحل وقال
 مالك لا يحل والحجة عليه ما يناله والنحر قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر والذبح قطع العروق
 في أعلى العنق تحت اللحيين قال رحمه الله (ولم يتنكح جنين بذكاة أمه) أي لا يصير الجنين مذكي بذكاة
 أمه حتى لا يحل أكله بذكاه وهذا عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وقال أبو يوسف ومحمد وجماعة
 آخر اذا تم خلقه حل أكله بذكاه القوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة أمه وروى انه عليه الصلاة
 والسلام قيل له يا رسول الله ان انحر الناقة ونذبح البقرة أو الشاة في بطنها الجنين أنلقه أم نأكله فقال كلوا
 ان شئتم فان ذكاه ذكاة أمه واحتجوا أيضا بقوله تعالى ومن الانعام حوله وفرشا قيل الفرش الصغار
 من الاجنة والحولة البكار فقدم من الله علينا باباحة أكلها ولانه جزء من الام حقيقة لكونه متصلا بها
 حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذاها ويتنفس بنفسها وكذا حكم حتى يدخل في الاحكام الواردة على
 الام كالبيع والهبة والعنق فاذا كان جزءا لها فيكون جرح الام ذكاه عند العجز كما في الصيد والجامع
 أنه يحجز في الاثنين عن ذكاهما اختيارية فانقل الى ما هو في وسعه وهو الجرح في الصيد وذبح الام في
 الجنين فصار مثله بل فوجه لانه يموت به قطعا والغالب في الصيد الجرح والسلامة لا سيما اذا وقع الجرح
 في أطرافه ولا في حنيفة ومن تابعه أن الله تعالى حرم الميتة وهو اسم لحيوان مات من غير ذكاة

والنسائي اه (قوله حتى يفصل) أي عن أمه بقطع سرته اه غايه (قوله ولا في حنيفة الخ) قال الاتقاني ولا في حنيفة ما روى محمد
 في كتاب الآثار قال أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم النخعي قال لا تكون ذكاة ذكاة نفسين يعني الجنين اذا ذبحت أمه لم يؤكل حتى
 تدرك ذكاه ولان الجنين لا يخلو ما أن يكون من جنس الحيوان المقسود وعلى ذكاه أو من جنس الحيوان الذي لا يقدر على ذكاه ففي
 الاول يشترط الذبح وفي الثاني يشترط الجرح ولم يوجد في الجنين لا ذبح ولا جرح فلا يحل لانه ميتة اه (فرع) رجل أراد أن يذبح
 شاة حاملا لانه ان تقارب الولادة يكره الذبح لانه يضيع ما في بطنها وهذا التفريع بناء على قول أبي حنيفة رحمه الله لان الجنين لا يتذكي
 بذكاة أمه عنده اه ولوالحي

(قوله وهو الظفر) قال في المستصفي فان الحماة لها مخالب والبعير له ناب وكذلك البقر اه (قوله لا كل ماله ناب) أي فان البعير له ناب والبقر كذلك اه (قوله ولان طبيعة) بيان الحكمة التي عن تحريم أكل كل ذي مخالب من الطير وناب من السباع اه (قوله هذه الاشياء) وهي الاختطاف والانتهاك والقتل اه (قوله اكرام النبي آدم) أي كما كانت الاباحة فيما يؤكل كرامة له اه (قوله ويدخل في الحديث الضبع والنمل) وقال الشافعي لا بأس بأكلهما لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الضبع فقال تلك نجسة سمينة وعن جابر بن عبد الله انه سئل عن الضبع أصيد هو فقال نعم فقيل أسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم والمشي ما حكي عن المزني أن السبع ما يعدو على الناس وعلى حقوقهم وهما لا يعدوان فلا يكونان من السباع ولما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن كل ذي ناب من السباع وهما من السباع لوجود معنى السبع فيهما والجواب عن حديث الخصم أن ما روى به يدل على الحرمة وما روى به يدل على الاباحة والتاريخ ليس معلوم فيجعل ما فيه تحريم متأخرانه لئلا يفسد نسخ وقوله لا يعدوان ليس بمسلم بل يعدوان لانهم ممن جله السباع اه اتقاني (قوله ويدخل فيه) أي في التحريم اه (٣٩٥) (قوله واليربوع وابن عرس من سباع الهوام) والهوام

بتشديد الميم قال الاتقاني
جميع الهامة وهي الدابة من
دواب الارض وجميع الهوام
نحو اليربوع وابن عرس
والقنفذ مما يكون سكناه
الارض والجدر مكرهه اه
لان الهوام مستخبئة وقد
قال تعالى ويحرم عليهم
الخبائث ولانها تتناول
النجاسات في الغالب وذلك
من أسباب الكراهة وكذا
جميع ما لا دم له فاهاه مكرهه
لانه كله مستخبئ فيدخل
تحت قوله عز وجل ويحرم
عليهم الخبائث الا الجراد فانه
مخصوص بالتحديث اه
(قوله في المتن لا الا بقع الذي
بأكل الجيف) قال الاتقاني
رحمه الله وقال صاحب
الهداية وكذا الغداف أي
لا يؤكل وهو غراب الغيط

وهو الظفر كما أريد في ذي ناب من سباع البهائم لا كل ماله ناب ولان طبيعة هذه الاشياء مذمومة شرعا فيخشى أن يتولد من لحمها شيء من طباعها فيحرم أكلها ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الضبع والنمل فقال لا ترضع لكم الحماة فان اللبن يعدو ويدخل في الحديث الضبع والنمل لانهما ما نابا وما روى انه عليه الصلاة والسلام أباح أكلهما ما يحول على الابتداء ويدخل فيه الفيل أيضا لانه ذو ناب واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكروها أكل الرخم والبغاث لانهم ما يأكلان الجيف قال رحمه الله (وحل غراب الزرع) لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث قال رحمه الله (لا الا بقع الذي يأكل الجيف والضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات والحجر الاهلية والبغل) أي هذه الاشياء لا تؤكل أما الغراب الا بقع فلانه يأكل الجيف فصار كسباع الطير والغراب ثلاثة أنواع نوع يأكل الجيف فحسب فانه لا يؤكل ونوع يأكل الحب فقط فانه يؤكل ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند أبي حنيفة وهو العقق لانه كالدجاج وعن أبي يوسف رحمه الله انه يكره لان غالب ما كوله الجيف والاول أصح وقال في النهاية ذكر في بعض المواضع أن الخفاش يؤكل وذكر في بعضها أنه لا يؤكل ولان له نابا وأما الضبع فلما روى بنا وبيننا ولانه يأكل الجيف فيكون له نابا منه فيكون نجسنا وأما الضب والزنبور والسلحفاة والحشرات فلا من الخبائث لان العرب تستخبئهم وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما روى انه عليه الصلاة والسلام أباح أكلها ما يحول على ما قبل التحريم ثم حرم الخبائث لانه لم يكن في الابتداء حرام الا ثلاثة أشياء على ما قال الله تعالى قل لا أجد فيما أوحى الى محترما على طاعم بطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير ثم حرم بعد ذلك أشياء لا تخصي والشافعي يجوز أكل الضبع والضب ومالك جميع السباع والحشرات استدلالا بما تلغوا وروينا والحنابلة عليهم ما بينا وأما الحجر الاهلية فلما روى عن ثعلبة الخشني أنه قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحجر الاهلية رواء البخاري ومسلم وأحمد وأما البغل فلانه من نسل الحمار فكان كأصله حتى لو كانت أمه فرسا كان على الخلاف المعروف في لحم الخيل لان المعتبر في الحل والحرمة الام فيما تولد من ما كوله وغير ما كوله قال رحمه الله (وحل الارنب) لانه عليه الصلاة والسلام أمر أصحابه أن يأكلوه حين أهدى اليه مشوا يارواه

الكبير من الغربان وفي الجناحين قال القندوري في شرحه والاصل في تحريم الغراب الا بقع والغداف ما روى هشام بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال من يأكل ذلك بعد أن سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقايهني فوله صلى الله عليه وسلم خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم اه (قوله لانه كالدجاج) أي فانه يخلط أيضا اه (قوله وذكر في بعضها أنه لا يؤكل) قال نضر الدين قاضي خان في فتاواه ولا يؤكل الخفاش لانه ذو ناب وفيه نظر لان كل ذي ناب ليس بمنهي عنه اذا كان لا يصطاد بنابه اه اتقاني قوله لانه ذو ناب ونص في الذخيرة والخلاصة على أنه لا يؤكل اه (قوله ولان له نابا) الواو ثابتة في خط الشارح وينبغي حذفها اه (قوله كان على الخلاف المعروف في لحم الخيل) وان كانت أمه بقرة يؤكل بخلاف اه ع (قوله في المتن وحل الارنب) قال في المصباح الارنب أي ويقع على الذكر والانثى وفي لغة يوث بالهاء فيقال أرنبه للذكور والانثى أيضا والجمع أرانب اه (قوله لانه صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه بالخ) قال الكرخي في مختصره ولم يروا جميعا بأسبا كل الارنب قال أبو يوسف أما الوبر فلا أحفظ فيه عن أبي حنيفة شيئا وهو عندى مثل الارنب وهو

يعتاق البقول والنبت الى هنا لفظ الكرخي اه اتقاني قوله الوبر البردوي بقملة الهرة غبراء اللون كحلاء لاذنب لها والجمع وبار مثل
 منهم وسهام والانتى وبرة قيل هي من جنس بنات عرس كذا في المصباح اه (قوله ولانه ليس من السباع) لاسباع الطيور ولا سباع الوحش
 اه (قوله في المتن وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده) قال في باب الميامن النهاية في هذه الرواية نوع ضعف والصحيح أن اللحم لا يطهر
 بالذكاة وكذا في معراج الدراية وغيرهما اه (قوله لان أثر الذكاة في اباحة اللحم الخ) قال نخر الاسلام في شرح الجامع الصغير اتفق
 أصحابنا في الحمار اذا ذبح أن لحمه طاهر وأنه لا يؤكل اه اتقاني في الكراهية (قوله فلا بد من الدباغ) أي لا يحصل طهارة الجلد اه (قوله
 فانه ينتفع به في غير الاكل) يعني في الاستصباح ودهن الجلد ونحوه اه غايه (قوله وقد ذكرناه في كتاب الطهارة) أي في سورة المائدة كل
 اه (قوله وهو مباح فيما لا يحل أكله) أي لما نفع آخر سوى الاكل اه اق (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان) رواه
 الدارقطني والبيهقي والشافعي وأحمد من حديث عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر عن فروع قال البيهقي وروى موقوف على ابن
 عمر وهو الأصح اه ديمري وكتب ما نصه (٣٩٦) فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان ورد في الأحكام الشرعية تعالى

أحد والنساء ولانه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبهه الظبي قال رحمه الله (وذبح ما لا يؤكل
 لحمه يطهر لحمه وجلده الا الأدهى والخنزير) وقال الشافعي رحمه الله الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لان أثر
 الذكاة في اباحة اللحم أصل وفي طهارته وطهارة الجلد تتبع ولا تتبع بدون الأصل فصارت ذبح المجوسى ولنا
 أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبة النجسة فاذا زالت طهرت كذا في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد
 كالتناول في اللحم وفعل المجوسى قتل فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه أيضا حتى لو وقع في الماء
 القليل لا يفسده وهل يجوز الانتفاع به لغير الاكل قيل لا يجوز واعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا
 خالطه شحم الميتة والزيت غالب فانه ينتفع به في غير الاكل والخنزير لا يؤثر فيه الدباغ لنجاسته والأدهى
 لكراهته وفي رواية لا يطهر بالذكاة لحم ما لا يؤكل لحمه والجلد يطهر هو الصحيح وقد ذكرناه في كتاب
 الطهارة قال رحمه الله (ولا يؤكل كل ما لا السمك غير طاف) وقال مالك يؤكل جميع حيوان الماء
 واستثنى بعضهم الخنزير والسباع والكلب والانسان وعن الشافعي أنه أباح ذلك كله قال صاحب
 الهداية الخلاف في الاكل والبيع واحد وينبغي أن يجوز بيعه بالاجماع لطهارته لهم قوله تعالى أحل
 لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه
 لادم في هذه الاشياء اذا الدموى لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبهه السمك وروى جابر أنهم أصابهم
 جوع شديد في الغزو فألقى البحر حوتاميتا يقال له العنبر فأكلنا منه نصف شهر قال فلما قدمنا المدينة
 ذكرنا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كواوزقا أخرجه الله لكم ان كان منكم أطعمونا الحديث
 ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبثات وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
 التساوى بدواء اتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصبيد المذكور فيما نرى محمول على
 الاصطيد وهو مباح فيما لا يحل أكله والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى
 من ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان
 فالكبد والطحال وحديث جابر لا يدل على مرادهم لانه قال فجعلنا جوعا شديد فألقى البحر حوتاميتا لم ير

بحرمت عليكم الميتة والدم
 قلنا هذا حديث مشهور
 فيجوز التخصيص به ولان
 الالف واللام انما تصرف
 الى الجنس اذا لم يكن ثم مذهب
 والميتة من السموات كانت
 معهودة عندهم وكذا الدم
 ينصرف الى المعهود وهو والدم
 المسفوح ولان هذا
 الحديث مؤيد بالاجماع
 فيجوز التخصيص بمثله على
 أن حصل السمك ثبت بقوله
 تعالى تأكلون منه لحما طريا
 وقوله تعالى أحل لكم صيد
 البحر وطعامه سماءا لحما
 وطعاما وذلك لا يتوقف حله
 على الذبح والكبد صار حلالا
 بدلالة قوله تعالى قل لا أحد
 فيها أوحى الى محترم الآية اه
 مستصفي وكتب ما نصه
 ولا يرد علينا كراهة الطافي

لا يخصص بالحديث الآخر اه اتقاني (فرع) قال في الهداية ولا بأس بأكل الجرب والمارماهي وأنواع السمك مثله
 والجراد بلا ذكاة قال الاتقاني والجرب الجربى من أنواع السمك انما أحل لهوم قوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان السمك
 والجراد والكبد والطحال وروى محمد في الأصل عن عمر بن شاذب عن عمرة بنت أبي طابخ قالت خرجت مع وليدة لنا فاستري بنا جريشة بقفيز
 حنطة فوضعناها في زنبيل فخرج رأسها من جانب وذيها من جانب فربنا على رضى الله عنه فقال بكم أخذت قالت فأخبرته فقال
 ما أطيبه وأرخصه وأوسعها لعمال فيه دليل على أن الجرب يؤكل لانه نوع من السمك فيحمل كسائر الأنواع وهذا الحديث حجة لنا على
 بعض الروافض وأهل الكتاب فانهم يكرهون أكل الجرب ويقولون انه كان يدعو الناس الى حليلته فسخ وهو متروك بقول على
 رضى الله عنه كذا قال خواهر زاده في شرحه وروى محمد أيضا في الأصل عن ابن عباس أنه سئل عن الجرب فقال أما نحن فلا نرى به بأسا
 وأما أهل الكتاب فيكرهونه فاذا صح عن علي وابن عباس اباحة الجرب ولم يرد عن غيرهما خلاف ذلك حل محل الاجماع وكذا الجراد
 حلال سواء كانت حنطة أو غيره أو قتلها الأعداء اه

(قوله مانصب) المنسوب ذهاب الماء اه غايه (قوله ثم الاصل فيه الخ) قال في شرح القدرى الزاهدى ثم الاصل في السمك عندنا
 اذ مات بأفة يحل كالأخذ والميت بالحرق والبرد والانحسار تحت الجند أو ابانة (٣٩٧) بعضه أو اصطيد غديره ونحوها واذ مات

من غير أفة لا يحل كالطافي
 اه (قوله ويؤكل العضو
 أيضا) قال في الهداية ثم
 الاصل عندنا في السمك أنه
 اذ مات بأفة يحل كالأخذ
 واذ مات حتف أنفه لا يحل
 كالطافي وتنسحب عليه
 فروع كثيرة قال الاتقاني
 منها اذا ضرب به رجل فقطع
 بعضه يحل المبان والمبان
 منه لانه مات بأفة ظاهرة
 والمبان من الحيوان كان
 ميتة لكن حل المبان هنالك
 لان ميتة السمك حلال
 بالحديث ومنها ان وجد في
 البطن سمكة أخرى أو قتلها طير
 لماء لا بأس بأكلها لان الموت
 محال الى سبب ظاهر وهو
 ابتلاع السمكة أو قتل الطير
 اه (قوله في المتن ولو ذبح شاة
 فحركت أو خرج الدم) انظر
 ما قاله الشارح في كتاب
 الصيد قبيل قوله وان رمى
 صيدا فقطع عضوا منه أكل
 الصيد والعضو اه (قوله
 وعن أبي حنيفة أنهم الخ)
 قال الولوالجي في فتاواه رجل
 ذبح شاة أو بقرة فهذا على
 أربعة أوجه ان تحرك بعد
 الذبح وخرج منه دم مسفوح
 أو تحرك ولم يخرج منه دم
 مسفوح أو خرج منه دم

مثله يقال له غير الحديث هكذا رواه البخاري ومسلم وأحمد وهذا يدل على انه كان سمكا وان لم يكن سمكا
 فهو في حال الخصة وفيها تحل الميتة والخنازير فاطنك بصيد البحر وهو طاهر بالاجماع والنصوص على
 تحريم الخنزير والسباع مطابقة في تناول البري والبحري وأما الطافي فيكره أكله لقول جابر رضي الله عنه
 انه عليه الصلاة والسلام قال مانصب عنه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثله
 وهو حجة على مالك والشافعي في اباحتهما الطافي ولا دليل له ما فمساو ولا ان المراد ميتة البحر ما لفظه البحر
 حتى يكون موته مضافا الى البحر ولا يتناول ما مات فيه بحر حتى أو نحوه ثم الاصل فيه أنه متى عرف سبب
 موته كلفطة البحر أو مجبسه في مكان كالطيرة الصغيرة الضيقة المتلفة بحيث يمكن أخذه من غير حيلة
 أو بابتلاع سمكة أو بقتل طير الماء أياها أو بانجماد الماء عليها فمات حل أكلها لان سبب موته معلوم
 ولو ماتت من شدة حر الماء أو برده قليل تؤكل لان موتها سبب معلوم وقيل لا تؤكل لان الماء لا يقتل
 السمك حارا كان أو باردا وان انحسر الماء عن بعضه ومات روى هشام عن محمد أنه ان كان رأسه في الماء
 لا يؤكل وان كان ذنبه في الماء ورأسه انحسر عنه الماء أكل لان خروج رأسه عن الماء سبب لموته فكان
 سبب موته معلوما بخلاف خروج ذنبه فمات فيه أن الشرط فيه أن يعلم بأي سبب مات حتى لو أبان عضوه
 بضرب فانه يؤكل ويؤكل العضو أيضا قال رحمه الله (وحل بلاذ كاه كالجراد) أي حل السمك بلاذ كاه
 كالجراد لما روينا قال رحمه الله (ولو ذبح شاة فحركت أو خرج الدم حل والا لان لم يدرك حياته وان علم
 حل وان لم يتحرك ولم يخرج الدم) لان الحركة وخروج الدم لا يكونان الا من الحيوان لان الميت لا يتحرك ولا
 يخرج منه الدم فيكون وجوده ما أو وجود أحد هما علامة الحياة فيحل وعدمهما علامة الموت فلا يحل
 الا اذا علم حياتها عند الذبح فيحل لان الاصل بقاء ما كان على ما كان فلا يحكم بزوال الحياة بالشك وذكر
 محمد بن مقاتل ان خرج الدم ولم يتحرك لا يحل لان الدم لا يجمد عند موته فيجوز خروج الدم بعد الموت
 وهذا يتأني في المنقعة والتريدية والطبيعة والتي بقر الذئب بطنها لان ذكاه هذما الاشياء محال وان كانت
 حياتها خفية في ظاهر الرواية لقوله تعالى الاماذ كيتم وعن أبي حنيفة رحمه الله أنهم انما تحل اذا كانت
 بحال تعيش يوما ولا الذكاه وعن أبي يوسف رحمه الله ان كان بحال لا يعيش مثله لا يحل وعن محمد رحمه
 الله ان كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبح يحل والا فلا وسنبينها ان شاء الله تعالى في كتاب الصيد ولو
 ذبحت شاة مريضة ولم يتحرك منها الا فوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاهها لا تؤكل وان ضمت عينها أكلت
 وان مدت رجلها لا تؤكل وان قبضت رجلها أكلت وان قام شعرها لا تؤكل وان قام شعرها أكلت وهذا
 صحيح لان الحيوان يسترخى بالموت ففتح الفم والعين ومد الرجل ونوم الشعر علامة الموت لانها استرخاه وضم
 الفم وتغيض العين وقبض الرجل وقيام الشعر ليست باسترخاء بل هي حركات تختص

بالحي فتدل على حياته وقال قاضيخان هذا كله اذا لم يعلم حال
 الذبح وان علم حياته وقت الذبح أكل على كل حال
 ذكره في المحيط أيضا والله أعلم بالصواب

(تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس وأوله كتاب الا

(٣٨ - زيلى خامس) مسفوح ولم يتحرك في الوجه الثلاثة يحل لانه وجد علامة الحياة وعلامة الحياة أحد هذين الامرين
 اما الدم المسفوح أو الحركة وفي الوجه الرابع وهو ما اذا لم يتحرك ولم يخرج منه دم مسفوح لا يحل لانه لم يوجد علامة الحياة ولكن هذا اذا
 لم يعلم حياته وقت الذبح فان علم حل وان لم يتحرك ولم يخرج منه دم أصلا اه (قوله هذا كله اذا لم يعلم حياته وقت الذبح) قال
 في الينابيع وروى ابن سماعة عن محمد أنه قال لا بد أن يكون بحال يعيش يوما أو نحوه والمختار أن كل شيء ذبح وهو حي
 حل أكله ولا توقيت فيه وعليه الفتوى قوله حل أكله أي لقوله تعالى الاماذ كيتم من غير فصل اه

فهرست الجزء الخامس من تبيين الحقائق شرح كثر الدقائق

صفحة	صفحة
١٦١ فصل ولدت مكاتبة من سيدها الخ	٢ كتاب الاقراء
١٦٥ باب كتابة العهد المشترك	١٣ باب الاستثناء وما في معناه
١٦٩ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى	٢٣ باب اقرار المريض
١٧٥ كتاب الولاة	٢٩ كتاب الصلح
١٧٨ فصل أسلم رجل على يد رجل الخ	٣٤ فصل الصلح جائز عن دعوى المال الخ
١٨١ كتاب الاكرام	٤١ باب الصلح في الدين
١٩٠ فصل وحرمته طرف الانسان كحرمته	٤٥ فصل دين بينهما صلح أحدهما الخ
نفسه الخ	٥٤ كتاب المضاربة
١٩٠ كتاب التجار	٦٣ باب المضارب يضارب
٢٠٣ فصل باو غ الغلام بالاحتلام الخ	٦٨ فصل اعلم أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع
٢٠٣ كتاب المأذون	٧٣ كتاب الوديعة
٢٢١ فصل غير الالب والجد لا يتولى الخ	٨٣ كتاب العارية
٢٢١ كتاب الغصب	٩١ كتاب الهبة
٢٣٠ فصل غيب المضمون وضمن قيمته ملكه	٩٧ باب اخرج عن في الهبة
٢٣٩ كتاب الشفعة	١٠٢ فصل ومن وهب أمة لاجلها الخ
٢٤٢ باب طلب الشفعة	١٠٥ كتاب الاجارة
٢٥٢ باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب	١١٣ باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خسافا
٢٥٧ باب ما تبطل به الشفعة	فيها
٢٦٤ كتاب القسمة	١٤٠ باب الاجارة القاسدة
٢٧٨ كتاب المزارعة	١٣٣ باب ضمان الاجير
٢٨٤ كتاب المساقاة	١٤٣ باب قسمة الاجارة
٢٨٦ كتاب الذبايح	١٤٦ كتاب المكاتب
٢٩٤ فصل فيما يحل وما لا يحل	١٥٦ باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله